



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“EL PROYECTO DE LEY N° 211/2016-CR.- PROYECTO QUE REGULA EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL Y AMPARA AL EXPÓSITO (PROYECTO DE CUNAS SALVADORAS), COMO UNA DE LAS MEDIDAS ARMÓNICAS AL EMBARAZO POR VIOLACIÓN SEXUAL Y EL DERECHO A LA VIDA DEL MENOR.”

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:

ANGELA LUCIA QUIROZ OVIEDO

Para optar el título profesional de Abogado

Asesor: Dr. Rafael Rubén Santa María D’Angelo

AREQUIPA, 2018

INDICE

CAPÍTULO I.....	8
LA MUJER ANTE LA VIOLACIÓN SEXUAL Y EL EMBARAZO	8
1. El delito de Violación Sexual en el Derecho Peruano	8
1.1. Tratamiento de la Violación Sexual en la Legislación Peruana	8
1.2. El Estado Peruano como corresponsable del Delito de Violación	11
2. La Situación Jurídica de la Mujer Embarazada por Violación Sexual	13
2.1. ¿Existe un Derecho a Abortar?	13
2.2. El síndrome Post Aborto y la Salud de la Mujer.	15
2.3. Valorización de Motivos que buscan la despenalización del aborto por violación sexual	19
CAPÍTULO II	23
EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO	23
1. Protección Jurídica en relación al Concebido	23
1.1. El Concebido como Sujeto de Derechos en su condición de Persona Humana.....	23
1.2. Protección Constitucional en relación al Concebido	25
1.3. Protección al Concebido en base a otros Instrumentos Internacionales ..	27
2. Entre lo Civil y lo Penal, en relación a los Derechos del Concebido	30
2.1. El Concebido en el Código Penal.....	30
2.1.1. El aborto como homicidio y el bien jurídico tutelado.....	31
2.2. El Concebido en el Código Civil	33
CAPITULO III.....	37
EL PROYECTO DE LEY CUNAS SALVADORAS COMO UNA DE LAS RESPUESTAS EFECTIVAS Y ARMONIZANTES AL DERECHO DE LA MUJER Y DEL MENOR.....	37
1. Análisis de Armonización de Derechos: Vida del Concebido y Libertad de la mujer	37

1.1.	Los Derechos Fundamentales como Realidades Conciliadoras.....	37
1.2.	Armonización del Derecho de la Mujer y del Concebido.....	41
2.	Presupuestos Básicos del Proyecto de Ley Cunas Salvadoras	45
2.1.	Alcances y Finalidad del Proyecto de Ley como respuesta del Estado ante la problemática actual	45
2.2.	Origen de “Cunas Salvadoras” y una Experiencia Comparada respecto a Países donde están Reguladas	49
3.	Análisis del Proyecto de Ley Cunas Salvadoras como una de las Medidas Armónicas al Embarazo por Violación Sexual.	53
3.1.	¿En qué sentido resulta ser el Proyecto de Ley, una respuesta armónica al embarazo por violación?	53
3.2.	Análisis de las implicancias del Proyecto de Ley en la realidad peruana.	54
4.	Propuestas de Solución Armonizante al Embarazo por Violación	58
CONCLUSIONES		60
BIBLIOGRAFÍA		63
ANEXO 1.....		72

RESUMEN

El tema de la presente investigación versa sobre las soluciones o medidas armónicas al embarazo por violación sexual, dentro de ellas, el Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, proyecto que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito, es decir, que propone las llamadas “Cunas Salvadoras”; en cuanto ponen de manifiesto el cambio del paradigma de la mujer violada y sus acciones frente al embarazo. En este sentido, existe una preocupación válida respecto al debate que surge cuando una mujer ha sido agredida sexualmente y a consecuencia de ello queda embarazada, sin dejar de lado el reconocimiento y protección jurídica que el concebido tiene, por su condición de sujeto de derechos, sin importar las circunstancias en las que fue concebido.

Palabras Clave: Medidas Armónicas, Proyecto de Ley, Violación Sexual, Derecho a la Vida, Concebido.

INTRODUCCIÓN

La violación sexual es un acto reprochable, lamentable e indignante. Más aun, la situación en la que viven muchas mujeres y adolescentes al ser violadas y producto de ello quedar embarazadas, resulta agobiante; pues han sido afectadas en su dignidad, su integridad, su libertad sexual y en su salud física y mental¹. Es realmente perturbador siquiera imaginar lo que puede haber atravesado una mujer en tales circunstancias.

Ante esta situación existe una preocupación válida respecto a las mujeres que en estos casos conciben un hijo producto de una violación sexual. Más aún si este hecho se produce en su entorno familiar, o cuando la gestante es apenas una adolescente: Desgarrante realidad.²

En el Perú, el aborto a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidos; es un delito que está contemplado en el inciso primero del artículo 120° del Código Penal Peruano³, por tanto ello no es una opción para las mujeres embarazadas por violación sexual en Perú.

Todo ello es de suma importancia, pues nos podría hacer pensar que, si una mujer que es víctima de una violación y que producto de ello está gestando una nueva vida, estaría obligada por la ley a tener a ese niño, y por tanto se le podría estar vulnerando otros derechos

¹MINSA, La violación sexual, 2010. Disponible en <<https://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2010/noviolenia/archivos/plannoviolenia/PlanContraLaViolencia2.pdf>> Consulta 07 de noviembre de 2017.

²Dirección Nacional de la Policía Nacional del Perú, “Denuncias por la comisión de delitos registrados por la PNP”, 2007. Disponible en <<http://www.miniter.gob.pe>> citada por MINSA, La violación sexual, 2010. Disponible en <<https://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2010/noviolenia/archivos/plannoviolenia/PlanContraLaViolencia2.pdf>> Consulta 07 de noviembre de 2017. Señaló que, “A pesar de que la mayor parte de las víctimas no denuncia haber sufrido un ataque sexual, según cifras de la Policía Nacional del año 2007, la violación y otras agresiones sexuales ocupan el tercer lugar entre los delitos más frecuentes en el Perú, después de robo/hurto y las lesiones.”

³“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; [...]”

como el de su libertad. Pero esta supuesta libertad de la mujer⁴, no supone un “derecho a abortar”, o a “deshacerse” del niño, ya que estos supuestos son inválidos, como señalaremos posteriormente.

Ya que si bien la mujer -y cualquier persona- goza de un derecho a la libertad, ésta tiene límites⁵ que aparecen cuando el ejercicio del derecho implica que se vulnere el derecho de un tercero: en este caso, el derecho a la vida del concebido.

Dicho lo anterior, el objeto de estudio del presente trabajo de investigación es, el análisis del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, proyecto que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito, y la armonización del derecho del concebido y el derecho de la madre gestante en casos de embarazo por violación sexual en Perú. En el sentido de que asegura tanto los derechos del concebido como los derechos de la mujer.

Cabe mencionar, que para el trabajo de la presente tesis, utilizamos como base un artículo redactado previamente sobre el tema en el curso de Seminario de Tesis en el año 2015, agregando que para la presente investigación, utilizamos una metodología jurídica dogmática propositiva.

En síntesis, el propósito de la presente trabajo es, que dado el marco legislativo y la problemática actual respecto al tratamiento del embarazo por violación, el Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, es uno de los mecanismos que logra armonizar la protección de los derechos de la mujer y del concebido como respuesta idónea a la situación planteada.

Para lo cual, desarrollaremos tres capítulos. En el primer capítulo, estableceremos la problemática actual respecto a la situación jurídica y afectación de la mujer embarazada producto de una violación sexual en Perú, así como la valorización de los motivos que buscan

⁴Cfr, Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, *Ley que despenaliza el aborto de casos embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas*, Lima, 19 de setiembre de 2014.

⁵Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, 2005.

una despenalización del aborto por violación sexual para entender que las mujeres no tienen alternativa a su situación, pues el aborto bajo ningún supuesto puede estar permitido.

En el segundo capítulo, revisaremos la legislación vigente respecto a las instituciones jurídicas y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano, así como legislación e instrumentos internacionales, para demostrar la protección con la que cuenta el concebido, como sujeto de derechos.

Y para finalizar, en el tercer capítulo, analizaremos el Proyecto de Ley N° 211/2016-CR antes mencionado, para poderlo encajar como solución a las mujeres que al estar embarazadas a consecuencia de una violación sexual, no quieren quedarse con el niño; y a su vez, pueda asegurarse el bienestar del niño durante el embarazo y al nacer. Así como revisar la aplicación y ejecución del proyecto de “Cunas Salvadoras” en otros países, evaluando los resultados obtenidos, eficacia e impacto positivo en la realidad, para obtener una experiencia comparada. Adicionalmente, a manera de propuesta, desarrollamos otras alternativas armonizantes al embarazo por violación sexual en Perú.

CAPÍTULO I

LA MUJER ANTE LA VIOLACIÓN SEXUAL Y EL EMBARAZO

1. El delito de Violación Sexual en el Derecho Peruano

1.1. Tratamiento de la Violación Sexual en la Legislación Peruana

Respecto a la violación sexual⁶ cabe mencionar que, no solo es un delito que está penado en nuestro país, sino que es también un acto reprochable, que atenta contra la dignidad de la persona, contra su libertad sexual y contra su salud física y psicológica⁷, generándole a la víctima -en la mayoría de casos- traumas insuperables que le imposibilitan regresar a su vida normal, pues si bien, la violación consiste en obligar a la persona a tener relaciones sexuales, tal acto no se limita o simplifica a esa descripción. Mejor explicado y detallado en nuestro Código Penal:

“Artículo 170°. - Violación sexual

El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente,

⁶ Cfr. National Sexual Violence Resource Center (NSVRC), ¿Qué es la violación sexual ?, 2012. Disponible en < https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf > Consultada 7 de noviembre de 2017.

⁷ Ídem

cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.

3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.”⁸

La norma establece un agravante por la calidad del sujeto o la situación en la que se perpetra el delito. La realidad peruana⁹ nos muestra que varios de los casos de violación sexual ocurren en el entorno familiar¹⁰, y muchas veces la persona (sobre todo si es un menor),

⁸ Código Penal Peruano de 1991.

⁹El Perú es considerado el país con la tasa más alta de denuncias por violación sexual en Sudamérica por tener el 22.4% de 100 mil habitantes en América del Sur, mientras Colombia tiene el 3.2%, Ecuador 11.2%, Brasil 7.6%, Bolivia el 20.8%, Chile el 20.0%, Argentina el 8.4% Uruguay el 6.2%, y Paraguay el 4.0%. Disponible en <<http://img.uterodemarita.com.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/06/Violaciones-cifras-infos.jpg>> Consultada 10 de noviembre de 2017. Según estadísticas de los Centro de Emergencia Mujer (CEM) “El 69% de las violaciones sexuales que ocurrieron en el país las víctimas fueron niñas menores de 18 años. En tanto, el 11.8% tenía entre 18 y 25 años, el 7.6% tenía entre 26 y 35 años. El resto era mayor de 36 años. Los casos de violación sexual tuvieron mayor incidencia en Lima (196), Junín (63 casos), La Libertad (34 casos), Cusco (29 casos), San Martín (26 casos) e Ica (25 casos). En el 9.4% de los casos los agresores sexuales cometieron el abuso bajo los efectos del alcohol y en el 2.5% de los casos lo hicieron tras haber consumido drogas. Solo en 0.69% de los casos las víctimas estaban ebrias o drogadas. Las violaciones sexuales representan el 8.9% de los casos de violencia familiar y sexual atendidos por el CEM.” Según estadísticas del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVF) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMPV), en los dos primeros meses del año se reportó que 1,154 de mujeres han sido víctimas de violación sexual en Perú. De todos los casos de violencia atendidos en los CEM durante el año 2014, el 87% de los casos son cometidos contra mujeres. De las más 2,000 mujeres embarazadas diariamente en Perú, 813 son embarazos no deseados y del 20% de niñas y adolescentes víctimas de violación sexual, el 34% resultan embarazadas.” Disponible en <<https://peru21.pe/lima/1-154-mujeres-han-sido-violadas-peru-dos-primeros-meses-ano-72450>> Consultada 03 de noviembre de 2017.

¹⁰ “[L]os violadores sexuales presentaron factores socioculturales condicionantes de la comisión del delito, tales como: a) conductas psicopatológicas predisponentes identificables y prevenibles, y b) relación de parentesco con la víctima.” Y respecto a factores asociados a niños y adolescentes, se tiene que, “En relación con la composición familiar de las víctimas de violación sexual, se constata que el 55% pertenece a familias de 5 a 9 miembros; el 29% de 1 a 4 miembros; el 4% más de 9, y el 12% no consigna datos.” “En relación a las víctimas con sus violadores fue la siguiente: vecinos (46%), padrastro (24%), tío (7%), hermano (4%), profesor (3%), cuñado (1%), padre (1%), y desconocido/sin datos (14%).” O. BARDALES MENDOZA *et alli*, *Estado de las investigaciones sobre Violencia familiar y sexual en Perú 2006-2010*, Biblioteca Nacional del Perú 2012-12471, 1era ed., Lima, 2012.

prefiere callar su sufrimiento por temor, vergüenza, o incluso por intimidación por parte del agresor. Sin embargo, no todos los casos ocurren en el entorno familiar, así como no todos los casos suponen una agresión contra la mujer, por ello me refiero a “persona” como víctima de la agresión o violación sexual y no solo a “mujer”.¹¹

La doctrina penal hace referencia al término “persona” para poder describir a la víctima de la agresión sexual. En este sentido, para Savagnone, el tipo penal contempla que el sujeto pasivo de este delito es cualquier persona víctima de la violación, es decir; hombre o mujer, menor de edad o adulto mayor, persona con discapacidad física o mental, persona con alguna enfermedad, e incluso persona incapacitada volitiva o cognitivamente.¹²

Siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual; para las personas con incapacidad volitiva o cognitiva (grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad)¹³, lo protegido es la “intangibilidad” o “indemnidad sexual”, es decir, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, y no una existente libertad de disposición o abstención sexual. Se sanciona la actividad sexual en sí misma¹⁴.

En resumen, no solo las mujeres son víctimas de violación sexual, sino cualquier persona puede ser víctima de una violación sexual, ello no cambia que el hecho como tal sea deplorable, aberrante, y deba ser sancionado.

¹¹ Respecto de los factores socioculturales y psicopatológicos de los violadores del INPE de Pucallpa, realizado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, se encontró que, “Las violaciones sexuales se dan en ambos sexos: el 11% en varones y el 89% en mujeres.” Ello denota que las violaciones no son únicamente en las mujeres. Asimismo, “El 14% de los violadores sexuales fueron desconocidos, el 84% fueron, vecinos (46%), o familiares (38%) de las víctimas.” O. BARDALES MENDOZA *et alli*, *Estado de las investigaciones sobre Violencia familiar y sexual en Perú 2006-2010*, Biblioteca Nacional del Perú 2012-12471, 1era ed., Lima, 2012.

¹² G. SAVAGNONE, *El aborto. El Ocaso de la persona*, Ediciones Palabra, Madrid, 1990, pp.348-350

¹³ Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011, F.J. 16.

¹⁴ *Idem*.

1.2. El Estado Peruano como corresponsable del Delito de Violación

Si bien el delito de violación, como un tipo penal claramente identificable y reprochable, resulta en su comisión identificable a un sujeto activo. El Estado resulta claramente corresponsable de éste, no solamente en su prosecución (identificación y sanción del delincuente), sino también en su prevención y en la atención a las víctimas.

Así, el Estado debe otorgar garantías y protección a las víctimas del delito de violación sexual, y sancionar a los agresores de manera justa y proporcional al hecho cometido¹⁵, ya que, sin importar quién haya sido víctima de la violación sexual (hombre o mujer, adolescente o niño, etc), para cualquier persona supone consecuencias, a su salud física, y también a su salud psicológica¹⁶, pues la persona se siente insegura, culpable, depresiva o con un trauma que le hace difícil volver a su vida normal. Asimismo, dentro de las consecuencias que deja el delito de violación -en algunos casos-, en el caso de mujeres o adolescentes, es el embarazo.

Cabe mencionar que son pocos los casos de violación sexual tienen como consecuencia un embarazo. Según Readon, “[U]n estudio determinó que se registraron solamente 0,6% de

¹⁵Si bien el objetivo de la ley penal es responder a las necesidades sociales, y a “necesidades concretas de regulación”, más no “determinar condiciones ideales(perfectas) de actuación, sino solucionar y prevenir los conflictos sociales más graves: delitos” -pues lo establece así en el primer artículo del Título Preliminar-. Así como “proteger los bienes jurídicos indispensables para el libre desarrollo de la persona y la subsistencia de la sociedad”. Es por ello que, el derecho penal establece también reglas de interpretación y principios a todos los operadores del sistema penal como legisladores, jueces, policías, etc., por cuanto es importante que existan condicionamientos y líneas de actuación, y pautas para la aplicación de la ley, pues el Estado debe brindarle garantías no solo a la víctima, sino también al que se le imputa el delito. (el subrayado es propio). J. CASTILLO ALVA, (coord.), “Finalidad del Código Penal”, en *Código Penal Comentado Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 1º Ed., pp.

¹⁶La persona víctima de violación resulta impactada en su salud emocional, psicológica y física, teniendo consecuencias como: “culpa, pena, vergüenza, miedo o desconfianza, tristeza, vulnerabilidad, aislamiento, pérdida de control, ira, enojo, entumecimiento, confusión, descreimiento, negación, pesadillas, recuerdo retrospectivo traumático, depresión, dificultad en concentrarse, trastorno por estrés postraumático, ansiedad, trastorno alimentario, uso o abuso de alcohol o drogas, fobias, baja autoestima, cambios en patrones de alimentación o de sueño, aumento en la respuesta de sobresalto, preocupación por la seguridad personal, daños físicos, embarazo, contracción de SIDA o de alguna otra enfermedad de transmisión sexual.” Ello sin contar las consecuencias que una violación tiene para la pareja, para los familiares y seres queridos que rodean a la víctima, intentando ser un apoyo, pero de igual modo afectándose y teniendo sentimientos de culpa, depresión, ira, en la impotencia de ayudar a la víctima a salir del trauma ocasionado. Incluso, la violación tiene un impacto en la comunidad, y en la sociedad en tanto, “la violencia sexual rompe el tejido social que mantiene el bienestar comunitario”, generando indignación de la sociedad, “clima de violencia y miedo”, desconfianza, entre otros. <https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf> Consultada el 07 de noviembre de 2017.

embarazos en 1290 víctimas de violación. En una serie de 3,500 violaciones en 10 años en el Hospital San Pablo de Minneapolis, no hubo un solo caso de embarazo.”¹⁷ Siguiendo con el mencionado autor, ello se debería a que la mujer podría ser naturalmente estéril, o natural y temporalmente infértil, podría estar tomando o utilizando algún método anticonceptivo, o incluso podrían haber otras razones naturales que impidan el embarazo al momento de la violación; además de existir estudios que demuestren que el agresor tendría disfunciones sexuales que le impedirían concebir.¹⁸

No obstante, considero necesaria la ayuda que debe brindarle el Estado a las víctimas de violación en general, asegurando una protección jurídica que agilice el procedimiento legal, y el proceso penal en la persecución del delito¹⁹, así como evitar la revictimización²⁰. Del mismo modo, brindar la ayuda psicológica y médica necesaria para que las víctimas puedan superar su trauma y salir adelante. De este modo, el Estado debe evocar sus esfuerzos en brindarle ayuda a las víctimas de la violación sexual, y no enfocarse en eliminar la vida del concebido que lleva dentro, puesto que existen muchos problemas que deja la agresión, sin embargo, el embarazo no es uno de ellos.

En conclusión, podemos decir, que el Estado debe brindarle la ayuda necesaria a la víctima, ya sea mujer o adolescente, para que pueda salir adelante y superar el trauma que le causó la violación sexual, independientemente si ella quedó embarazada o no.

En caso se trate de una mujer que ha quedado embarazada producto de una violación, la ayuda debe ir orientada principalmente al bienestar psicológico de la víctima, y a salvaguardar la salud de ella y de su hijo, y además, de brindarle una orientación jurídica si desea efectuar la denuncia policial de la violación, etc. De este modo, si la mujer embarazada no desea tener al niño por los motivos que fueran, se le puede brindar una salida u opción

¹⁷D. REARDON, “*Aborted Women. Silent No More*”, Elliot Institute, 2002. Véase también en “Aborto y violación” por David Reardon, tomado del documento “Embarazos producidos por violación o incesto: ¿Es el aborto la solución?”, Revista ACI Prensa. Disponible en < <https://www.aciprensa.com/recursos/aborto-y-violacion-lo-que-muestran-los-estudios-27>> Consultada 02 de noviembre de 2017

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, cit..., F.J. 21, 27.

²⁰ L. SILVA NORE, “¿Cómo se investiga un caso de violación a menores?”, *El Comercio*, Lima, 24 de setiembre de 2015. La revictimización puede evitarse con la ayuda de cámaras Gesell mejor utilizadas y la implementación de más de ellas en el Perú. Así como aprobar un presupuesto para implementar personal especializado en la utilización de los mismos. Todo ello a fin de evitar la revictimización en todas las víctimas de violación y no solo en menores.

digna que no involucre quitarle la vida al concebido. Tal opción sería la de darlo en adopción, según expondré más adelante.

Así también, el Estado, debe implementar mecanismos necesarios para disminuir la tasa de violaciones. En éste último punto, propondremos una medida de solución preventiva de violaciones ubicada en el último capítulo de la presente tesis, la cual no está orientada a reformar la ley penal de violación, sino a brindarle ayuda a las víctimas.

2. La Situación Jurídica de la Mujer Embarazada por Violación Sexual

2.1. ¿Existe un Derecho a Abortar?

Como sabemos, la mujer embarazada por violación sexual no tiene la facultad de abortar, puesto que el aborto sentimental es un delito en nuestra legislación, según lo contemplado en el Código Penal, la mujer recibiría una pena no más de tres meses de pena privativa de libertad,²¹ lo cual es prácticamente simbólico si nos ponemos a pensar que se trata del asesinato a un ser indefenso.

Ahora bien, el hecho de que se esté gestando una nueva vida, producto de la violación, no implica considerarla como una vulneración de los derechos de la mujer, ya que, si bien se habla de un derecho a la libertad de la mujer, ésta libertad no supone un “derecho a abortar”, pues la libertad tiene límites²², que aparecen cuando el ejercicio del derecho implica que se vulnere el derecho de un tercero: el derecho a la vida del concebido, en este caso.

Bidart Campos establece que los derechos siempre deberán de interpretarse como derechos subjetivos del hombre, con todas las limitaciones razonables que sean necesarias o convenientes, y con todos los roles que puedan cumplirse en el sistema político y sean

²¹Artículo 120 del Código Penal Peruano. – “Aborto sentimental y eugenésico. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; [...]”

²²E. GARCÍA MÁYNEZ, *La libertad como derecho*. Revista de la Facultad de derecho de la UNAM, México, 2002, pp. 101- 105.

exigibles en un sistema democrático. Asimismo, señala que no es que dejemos que cada hombre deje de ser “subjetivo” para él, o que deje de merecer protección. Pero es que ese hombre no está solo ni aislado, sino que convive con otros, por tanto se debe poner atención cuando se interpreta constitucionalmente “su” derecho personal. En principio porque los derechos humanos son ontológicamente limitados, al ser derechos del hombre en convivencia con la sociedad. Y segundo porque los derechos son relativos, pues admiten limitaciones razonables a tenor de lo que en ese punto habilita la Constitución.²³

Aclarando básicamente, que una correcta interpretación de los derechos fundamentales debe hacerse a tenor de lo que en ese punto habilita la Constitución²⁴, es decir, los derechos declarados en la Constitución obligan a correlaciones armonizantes y a concordancias dentro de la unidad integral y coherente de la misma Constitución. Teniendo en cuenta además que, toda interpretación debe ser de forma razonable y proporcional a la naturaleza del derecho que se limita, y proporcional entre el medio y fin. Repitiendo una vez más que, el derecho de un sujeto no puede ejercerse a costa del derecho o de los derechos de otro y otros.²⁵

Por tanto, queda claro que, la libertad de la mujer, en el supuesto que venimos analizando, no puede ser entendida de manera ilimitada, puesto que la limitación racional a su derecho a la libertad y ejercicio del mismo, tiene un fin superior, que va en armonía con la convivencia social y las normas y principios contenidos en la Constitución. Es decir, no estamos hablando de una restricción a su derecho por mero capricho, sino más bien de una limitación legítima y fundamentada. Como comenta Bidart Campos respecto a la ontología de la limitación de los derechos humanos: “[C]omo principio, cada hombre debe respetar el

²³Cfr. G. BIDART CAMPOS *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2006, 1º reimpresión, pp. 406-409.

²⁴De hecho, la unidad de la Constitución supone que, en un ámbito de derechos fundamentales, existe “un ámbito de acción” para cada derecho, lo que no supone una contradicción, ni mucho menos exclusión de unos derechos con otros. Como explica el Prof. Dr. Toller, “La adecuada hermenéutica constitucional implica partir de la unidad del Derecho y, en especial de la unidad de la Constitución (que no tiene en sí un germen de destrucción).” “Los derechos coexisten, nacen ajustados. Las libertades sólo ajustadas son derechos. No son potestades individuales ciegas, sino derechos con un fin en una sociedad.” F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, UCSP, Arequipa, 2012, p.10.

²⁵Cfr. G. BIDART CAMPOS *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2006, 1º reimpresión, pp. 406-409. Cabe mencionar que esta conexión de derechos y deberes, no solo reconoce la relación de los mismos entre particulares sino también entre particulares y el Estado.

derecho de cada uno de los otros hombres, al menos como obligación de abstención u omisión (no violárselo, ni impedírsele que lo ejerza) [...]”²⁶

En suma, y por los fundamentos antes expresados, es que no puede o podría hablarse de un supuesto derecho a abortar, porque la ley no puede amparar un derecho o una autorización que implique vulnerar el derecho de otro.

2.2. El síndrome Post Aborto y la Salud de la Mujer.

Según investigaciones en materia de aborto, se señala que, un aborto provocado, en una persona normal, desencadena algo similar a las experiencias traumáticas de los combatientes de guerra; pues los pacientes niegan reconocer su vivencia y el dolor sufrido, acompañado de intensos sentimientos de culpa, por ello no lo refieren en su historia clínica. Se dice además que, el Síndrome Post-aborto (SPA) es poco conocido, poco divulgado, e incluso hasta ignorado.²⁷

Asimismo, Coleman citado por Gurpegui y Jurado, explicando los efectos del aborto inducido sobre la mortalidad psiquiátrica señala que sus estudios:

“[O]frecen los resultados a partir de una muestra de unas 3000 mujeres, representativa de la población de Estados Unidos (*National Comorbidity Survey*), de las que un 13% habían tenido al menos un aborto provocado. Analizan la asociación de tener el antecedente de aborto inducido con diferentes diagnósticos psiquiátricos, controlando el efecto potencialmente confusor de 22 variables (demográficas, problemas relacionales, experiencias traumáticas previas, etc.). La intensidad de la asociación independiente [*odds ratio* (OR) ajustada] y estadísticamente significativa del aborto inducido con diferentes trastornos psiquiátricos es la siguiente: trastorno de pánico, 2,1; agorafobia, 1,9; trastorno de estrés post-traumático, 1,6; trastorno bipolar I, 2,7; primer

²⁶Ibidem, p.217.

²⁷C. GÓMEZ LAVÍN, J. HERMOSO DE MENDOZA Y R. ZAPATA GARCÍA, en *Categorización diagnóstica del Síndrome postaborto*. Disponible en < http://www.hayalternativas.org/categorizacion_diagnostica.pdf >, Consultada el 03 de noviembre de 2017.

episodio de manía, 1,7; depresión, 2,4; dependencia de alcohol, 2,4; dependencia de alguna droga ilegal, 2,3.”²⁸

Del mismo modo, en una investigación exhaustiva en el Reino Unido sobre el aborto y la salud de las mujeres, realizada por el Dr. G. Pike, se obtuvo que “El aborto está asociado con tasas significativamente mayores de muerte para las mujeres hasta diez años tras un aborto, en comparación con mujeres que dan a luz.”²⁹ En el estudio figura que la tasa de suicidios entre las mujeres que abortan es seis veces superior. El autor explica en su estudio que las mujeres que abortan experimentan “dolor significativo” tres años después del aborto, así como a “un 30% de incremento de riesgo de depresión y 25% de riesgo de mayor ansiedad”.³⁰

Otro estudio relacionado al anterior, establece que los traumas que experimenta una mujer que ha abortado, se obtuvo que existe un 30% más de desórdenes de salud mental en las mujeres que abortan, en comparación a las que no abortaron.³¹ Experimentando además en sus siguientes embarazos, depresión, ansiedad, y estrés post traumático.³²

Entonces, queda claro que una mujer que aborta, sufre consecuencias psicológicas severas, que la llevan a la depresión, consumo de drogas o alcohol, y distintos trastornos. Independientemente si la misma fue agredida sexualmente o no, ello se da simplemente por

²⁸COLEMAN PK, COYLE CT, SHUPING M, RUE VM. Induced abortion and anxiety, mood, and substance abuse disorders: isolating the effects of abortion in the national comorbidity survey. *J Psychiatr Res* 2009; 43: 770, Citado por, M. GURPEGUI, Y D. JURADO, Complicaciones psiquiátricas del aborto, Cuadernos de Bioética, *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, 2009, XX (3), pp. 381-392.

²⁹G. PIKE, “*Abortion and women’s health*”, Society for the Protection of Unborn Children, London, 2017.

³⁰Ídem.

³¹A. TULLY en G. PIKE, “*Abortion and women’s health*”, Society for the Protection of Unborn Children, London, 2017. Véase también en < <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=30869>> Consultada el 06 de noviembre de 2017.

³²“Numerosos estudios han identificado gran incidencia negativa en las emociones, estrés y síntomas post-traumáticos” (la traducción es propia) DAVIES V, GLEDHILL J, MCFADYEN A, *Psychological outcome in women undergoing termination of pregnancy for ultrasound-detected fetal anomaly in the first and second trimesters: a pilot study*, Whitlow B & Economides D, *Ultrasound in Obstetrics & Gynecology* 2005, pp.389-392, WHITE-VAN MOURIK MCA, CONNOR JM & FERGUSON-SMITH MA, *The psychosocial sequelae of a second-trimester termination of pregnancy for fetal abnormality*, *Prenatal Diagnosis*, 12, 1992, pp. 189-204, KORENROMP MJ, CHRISTIAENS GC, VAN DEN BOUT J, MULDER EJ, HUNFELD JA, BILARDO CM, OFFERMANS JP & VISSER GH, *Long-term psychological consequences of pregnancy termination for fetal abnormality: a cross-sectional study*, *Prenatal Diagnosis*, 25, 2005, pp. 253-260, citados por G. PIKE, “*Abortion and women’s health*”, Society for the Protection of Unborn Children, London, 2017.

el hecho de producirse o que le practiquen un aborto. Entonces, si la mujer que ha sido violentada sexualmente, ya tiene consecuencias psicológicas ante ese hecho³³; como inseguridad, sentimientos de culpa, depresión, las cuales le hacen difícil poder hacer su vida normal. Con mayor razón, tendrán una experiencia traumática mucho más severa, si es que encima de haber sido violada, aborta; pues solo incrementaría esos sentimientos depresivos, de culpa, e inseguridad, entre otros. En suma, el hecho de abortar no quita el trauma de la violación, sino por el contrario lo incrementan. Por tanto, brindarle como opción, a una mujer que ha sufrido una violación, el aborto, no es ayudarla, sino por el contrario es perjudicarla más.

Es importante señalar que, si bien el derecho a la protección de la salud es un derecho constitucional,³⁴ y el Estado debe velar por el mismo, ello no implica que el Estado vulnere tal derecho o que le genere un trauma mayor a la mujer, si es que no le permite abortar. En otras palabras, proponer el aborto como un mecanismo para superar o no acentuar el trauma de la violación, resulta una excusa para dar pase libre al aborto³⁵, sin pensar realmente en las consecuencias de despenalizarlo;³⁶ pues no está demostrado que el aborto ayuda a la salud física ni mucho menos a la salud psicológica de la mujer en estos casos³⁷, sino como vengo

³³ <https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf> Consultada el 07 de noviembre de 2017.

³⁴ Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 7, reza lo siguiente: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.”

³⁵ En el Caso Roe v. Wade, la mujer Norma McCorvey (bajo el seudónimo de Roe) alega ante la Corte de Justicia de Texas, Estados Unidos; haber sido violada por una pandilla, y a consecuencia de ello quedar embarazada, por tanto, pretendía que se le permita abortar, y tras varias apelaciones hasta llegar a la Corte Suprema, el aborto se legaliza, pues el fallo de la Corte sirve como precedente para los 50 Estados en Estados Unidos. En este sentido, la decisión de la Corte fue que, en virtud a la 9na y 14ta enmienda, “el derecho constitucional a la libertad y a la privacidad era lo suficientemente amplia para incluir la decisión de una mujer si desea o no desea abortar” (traducción propia). United States Supreme Court, Roe v. Wade, 22 de enero de 1973, VIII. Cabe mencionar que, en primer lugar, la bebé nació y se dio en adopción, no se abortó. Y en segundo lugar, Norma McCorvey, en el año 1987 admite haber mentido, y señala que nunca fue violada; sin embargo desde dicho fallo se realizaron más de 50 millones de abortos en Estados Unidos. Véase en <<https://www.aciprensa.com/noticias/roe-vs-wade-fallece-mujer-que-causo-aborto-legal-en-estados-unidos-34341>> Consulta 02 de noviembre de 2017. Y en <<http://www.lapop.org/boletines/553-boletin-282-el-debate-del-aborto-por-violacion-en-peru-42-anos-de-ro-e-vs-wade>> Consulta 02 de noviembre de 2017.

³⁶ “El aborto es la peor violencia hacia la mujer.” “Los grupos abortistas escogen casos emblemáticos para presionar políticamente al Estado, para que este brinde servicios de aborto en todo el país, sin mencionar que esos casos muchas veces son fabricados o severamente manipulados.” C. POLO, entrevista 26 de noviembre de 2012, ACI Prensa, Perú.

³⁷ En palabras de Dahiana Belfiori, perteneciente a una red de feministas en Argentina, “Se trata de instalar otras narrativas: que la narrativa sobre el aborto no se centre en el trauma, sino que se entienda como una

expresando, la empeora.

De este modo, sostenemos que la mujer debería continuar con su embarazo, y el Estado debería brindarle un acompañamiento y ayuda necesaria en este proceso para que ella pueda superar el trauma y las consecuencias de la violación, y así la mujer podrá descubrir, si el hecho de quedarse con el niño una vez nacido, le ayuda en definitiva a superar su trauma. Ante esto último, la experiencia ha demostrado mediante casos reales, que la mujer (incluso si la misma es adolescente) ha podido salir adelante con su hijo producto de una violación, y ha podido superar este trauma de la mejor manera.³⁸

Además, en la consideración de dos personas humanas, la madre y el concebido, el Estado tendrá que reconocer a ambos como sujetos de derechos y no podrá alegar que una vida merece protección – y cuidados de salud - y la otra no.

experiencia más en la vida de la mujer.” Explicando que el aborto debería ser una práctica común, pese a que en Argentina se registran alrededor de 400,000 abortos al año aproximadamente, Sin embargo, no pueden demostrar que no existe trauma en las mujeres que abortan. DAHIANA BELFIORI, entrevista 31 de mayo de 2017, “Desalambre”, Derechos Humanos en el Diario.es, Disponible en < http://www.eldiario.es/desalambre/Instalamos-narrativas-aborto-trauma-experiencia_0_649185290.html > Consulta el 03 de noviembre de 2017.

³⁸Jeff y Jennifer Christie, es un matrimonio que pasó por la experiencia de traer al mundo a un niño producto de una violación. El esposo de Jennifer, señala que también resultó afectado con la violación con sentimientos de culpa, de ira y depresión, sin embargo; en ningún momento pensaron en eliminar la vida de su hijo, pues relatan que, su hijo no tiene nada que ver con “el horror a través del cual llegó” pues “Es un regalo” que les ha ayudado a recuperarse. Y que si bien, nunca podrían olvidar tal trauma, pues el cuerpo de su esposa se estuvo recuperando físicamente hasta cuatro años posteriores a la violación, y porque “su mujer jamás olvidará lo que le sucedió, exista el niño o no. Y es una ignorancia grande decir que el niño les recordará el trauma constantemente al monstruo que le hizo ese daño. Ya que ella no necesita un recordatorio, tal acto quedó impregnado en su memoria” (la traducción es propia), Entonces, están convencidos de que su hijo les trajo esperanza, “los sostiene, les enseña, los incentiva, les da fuerza para pensar en algo distinto a ellos mismos” (la traducción es propia), pues empezaron a sanar con su llegada. “No hay marcha atrás, pero se está avanzando, aquella normalidad fue estropeada por el asaltante, no por el niño que crece dentro, pues ese niño es también víctima de las viles intenciones.” Disponible en < <https://www.actuall.com/criterio/vida/el-testimonio-de-un-marido-nuestro-quinto-hijo-es-fruto-de-una-violacion-a-mi-mujer-y-tengo-algo-que-decir/> > y en el blog de Jeff Christie Disponible en < <http://savethe1.blogspot.pe/2017/10/i-didnt-become-pregnant-after-rape-but.html> > Consultadas el 03 de noviembre de 2017. Otro caso es el de Anhai Retsar, una joven madre argentina, quien fue violada a los 14 años, destaca que “de un hecho abominable como la violación, puede salir algo realmente hermoso como un hijo.” Ella ama mucho a su hijo y si tuviera que aconsejar a alguna mujer, le diría que no aborte. Disponible en < <https://www.aciprensa.com/noticias/rechazo-el-aborto-tras-violacion-a-los-14-anos-el-hijo-no-tiene-la-culpa-51917#noredirect> > y en < <http://salvare11.blogspot.pe/2017/04/tenia-14-anos-y-habia-ido-hacer-un.html> > . Consultada el 03 de noviembre de 2017. Un último caso es el de Lianna Rebolledo, activista pro vida, fue violada a los 12 años por sus secuestradores, y producto de ello tuvo una hija, y ella le dio fuerzas para recuperarse y levantarse. Reconoce que el aborto “es una doble violación a la mujer”. L. REBOLLEDO, entrevista 21 de octubre de 2015, ACI Prensa TV, Santiago de Chile.

2.3. Valorización de Motivos que buscan la despenalización del aborto por violación sexual

Aquí es necesario considerar al Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC³⁹, que si bien fue archivado, debemos valorar los motivos por los que buscaba la despenalización del aborto en casos de violación sexual en el Perú, así como otros fundamentos que motivaron que el aborto se despenalice en otras legislaciones en estos casos. Con el objeto de, en primer lugar, exponer la situación en la que se ven muchas mujeres violadas en nuestro país, y poderle dar una respuesta o alternativa. Y en segundo lugar, poder sostener que muchos de estos motivos no son válidos por cuanto no tienen mayor sustento según detallamos a continuación.

-En cuanto a que el Estado le obliga a la mujer a ser madre, cabe mencionar, que el embarazo no fue impuesto por un Estado represivo⁴⁰, pues en primer lugar, biológicamente hablando, la mujer estaba preparada para ser madre; -incluso, como expusimos anteriormente no es muy común que una mujer conciba en estas circunstancias⁴¹ y si bien el hecho de la violación ya atenta contra la mujer, el Estado no la agrede más puesto que si la mujer decide o no tener al niño, no deja de ser madre por el hecho de que lo aborte, sigue siendo madre, pero de un niño fallecido. En segundo lugar, el Estado, buscando proteger a la madre gestante, es que tiene la propuesta legislativa de este trabajo de investigación, pues, -según explicaré más adelante- le podría brindar atención especializada para asegurar su bienestar.

³⁹ Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, *Ley que despenaliza el aborto de casos embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas*, Lima, 19 de setiembre de 2014.

⁴⁰ Aquí el Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos respecto del mencionado Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, expresa respecto al derecho a la salud que, “[...] el embarazo forzado producto de una violación sexual forzado producto de la penalización del aborto por violación se convierte en un nuevo hecho de violencia sexual, esta vez ejercida ya no por el perpetrador sino por el Estado quien no sólo la desprotege frente al primer hecho, sino que desconociendo el sufrimiento y dolor psíquico de orden traumático de la víctima, le impone la continuación de un embarazo que significa la actualización permanente del hecho violento a través del hijo/a, sumando a este la culpa y el estigma social que recae en la madre y el hijo/a producto de esta violencia, vistos como los que altera el orden de la comunidad y de sus ideales.” Congreso de la República, Comisión de Justicia y Derechos Humanos, Predictamen del Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, mediante el cual se propone la Ley que despenaliza el aborto en casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas, Período Anual de sesiones, 2014-2015.

⁴¹ M. SILVA ABBOT, *“Bioética, una cuestión vital”*, Universidad San Sebastián, CIP, Santiago de Chile, 2014, p.73. El autor señala, que en los países en donde el aborto es legal, menos del 1% corresponde a embarazos por violación sexual. Además, existen estudios que registran menos del 0.6% de embarazos en 1290 víctimas de violación. Véase también en D. REARDON, *“Aborto y violación: lo que muestran los estudios”*, Revista ACi Prensa. Disponible en <<https://www.aciprensa.com/recursos/aborto-y-violacion-lo-que-muestran-los-estudios-27>> Consultada 02 de noviembre de 2017

-En cuanto a que si no se despenaliza el aborto, se le empuja a la mujer a realizarse un aborto inseguro o clandestino, es necesario señalar que, si bien la prohibición del aborto no ha impedido su práctica, no podríamos decir que el hecho de despenalizar el aborto reduciría los índices de abortos clandestinos. No podemos permitir una conducta antijurídica para que deje de realizarse, en otras palabras, no puede permitirse un delito para que tal delito deje de existir. Es como si quisiéramos que existan menos violaciones, la solución no sería despenalizar el delito de violación, y así con el resto de delitos⁴², simplemente es absurdo.

-En cuanto a que la madre es adolescente, cabe mencionar que si bien la madre no tiene madurez psicológica o biológica para tener al niño, pues en muchos casos la madre es adolescente e incluso niña, ello no conlleva a que el concebido pueda ser eliminado. Como señalé anteriormente, el Estado debe otorgarle garantías y protección a las víctimas de la violación, en general, más aún si son menores. Además si el fin es ayudar a la víctima, los esfuerzos deben ir encaminados a brindarle ayuda psicológica a la niña o adolescente, además de ayuda obstétrica y legal, y evaluar el entorno en el que ellas viven para que tal hecho no vuelva a suceder.⁴³

-En cuanto a que el embarazo es una afectación al proyecto de vida de la mujer, sucede que si bien la madre tiene un proyecto de vida⁴⁴ y quiere desarrollar su personalidad, el niño que vive en su vientre también tiene derecho a tener un proyecto de vida, y es obvio, pues el

⁴² E. ORÉ SOSA, “*El delito de aborto*”, Artículo en Cátedra UNIFÉ de Bioética y Biojurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Perú, 29 de octubre de 2012, pp.10-11.

El autor al señalar: “Tampoco puede entenderse cómo lo que de inicio se considera desaprobado jurídicamente —destrucción de la vida del concebido— a tal punto de ser considerado un comportamiento delictivo —delito de aborto—, por la sola incidencia delictiva ha de tornar en un comportamiento penalmente irrelevante. Habría que despenalizar también otros delitos muy frecuentes en la sociedad como el hurto, las lesiones o la conducción en estado de ebriedad.” Otra explicación a ello es la evasión tributaria, la cual es antijurídica, y por el hecho de que las personas no paguen impuestos, la evasión tributaria no vendría a ser lícita.

⁴³En este sentido, se ha previsto modificar el artículo 2 del Código de los Niños y Adolescentes, mediante Proyecto de Ley N° 290/2016-CR, en el sentido de que existan programas especializados de protección a la madre víctima de la violación sexual y al concebido, niño o niña. Asimismo, mediante Proyecto de ley N° 211/2016-CR, propone brindar ayuda especializada a la mujer y al concebido y niño recién nacido. Los mismos se verán a detalle, más adelante.

⁴⁴ P. ESCRIBENS, *Proyecto de vida de mujeres víctimas de Violencia Sexual en Conflicto Armado Interno*, DEMUS, Biblioteca Nacional del Perú, 1° ed., 2012, pp. 37-47. Véase también en Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, mediante el cual se propone la Ley que despenaliza el aborto en casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

concebido es también una persona humana digna de desarrollarse plenamente como la madre.

-En cuanto al trauma de la violación sexual, aquí es necesario mencionar que, el hecho de que se permita el aborto, no garantiza que el trauma de la violación sea eliminado; sino por el contrario, el trauma se incrementa con el aborto como señalamos en lo referido al Síndrome Post-Aborto.

-En cuanto a que la mujer debería decidir libremente sobre su cuerpo, cabe mencionar que el concebido no es parte del cuerpo de la mujer, sino que éste es una persona independiente al cuerpo de la misma. Como revela Ana Dimitru, en un nuevo estudio publicado por Marta Shahbazi y otros, del Reino Unido, se “[D]emuestra que los embriones humanos dirigen su propio desarrollo de manera autónoma desde los primeros momentos de su vida, incluso cuando ellos no están dentro del vientre de sus madres [...]”⁴⁵ Y que “[E]l óvulo fertilizado es un ser autónomo [...] que, con su contenido genético completo, puede y empieza a dividirse y a crecer, incluso en un plato experimental de una incubadora. [...] El mismo estaría programado para sobrevivir.”⁴⁶(la traducción es propia).

Considero que el aborto no podría ser lícito aun cuando haya habido violación, ya que cada derecho, debe ser regulado en la medida de no afectación a otro derecho, según la precisión de Castillo Córdova:

“Toda actividad que recaiga sobre el contenido de los derechos constitucionales no puede ser una *actividad limitadora*, sino que será una *actividad delimitadora* de las fronteras jurídicas internas que tiene todo derecho en su contenido. Y *delimitar* no es lo mismo que *limitar*. Por ello, si bien el contenido del derecho es limitado, ese contenido no puede ser limitable de ningún modo por nadie, en este sentido los derechos constitucionales son absolutos. Los límites dejan de ser intervenciones que influyen sobre su contenido y que provienen desde fuera del derecho mismo, para convertirse en

⁴⁵A. DIMITRU, “Science, Embryonic Autonomy, and the Question of When Life Begins”, The Witherspoon Institute, *Public Discourse*, 24 de enero de 2017.

⁴⁶Idem.

unos contornos que deben ser sacados a la luz, exteriorizados, y que son contornos que tiene atribuido cada derecho por su propia naturaleza y concreta finalidad.”⁴⁷

Pues el derecho de una persona no puede abatir el derecho de otra, en este caso, el derecho a la vida del concebido no puede ser perjudicado pues la mujer no tiene derecho a eliminarlo por el hecho de no querer ser madre.

⁴⁷ L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, Palestra, 2005, 2° ed., p. 412.

CAPÍTULO II

EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS

1. Protección Jurídica en relación al Concebido

1.1. El Concebido como Sujeto de Derechos en su condición de Persona Humana

Consideramos que la salida más fácil siempre será la de negar que el concebido es una persona humana, y que por tanto no se le debería proteger, porque claro, una postura a favor del aborto jamás querrá reconocer que el mismo no es otra cosa que asesinar a un ser humano indefenso, y atentar contra todos sus derechos de manera arbitraria. Sino por el contrario intentará colocar al concebido como una célula destructible y disponible, porque solo de ese modo puede pensarse en ejercer la mencionada libertad de la mujer para deshacerse de él.

Al respecto, debemos establecer como regla general que el concebido, tiene indiscutiblemente derecho a la vida, es decir, es también sujeto de derechos por su condición de persona humana; calidad que posee desde el primer momento de su concepción⁴⁸, y en consecuencia se le debe proteger y respetar. Además, como venimos señalando, el concebido en estas situaciones no es el culpable del trauma en la mujer, y el hecho de ser eliminado, no suprime el trauma de la misma. Por todo ello, es que no es válido querer eliminarlo.

Ahora bien, Pacheco Escobedo mencionado por Sánchez Barroso, sostiene que primeramente debemos tener en cuenta el dato biológico del inicio de la vida para poder determinar el inicio de la personalidad jurídica⁴⁹. Asimismo Sánchez Barroso nos explica que “existe suficiente evidencia científica que demuestra que la vida humana inicia desde el momento de la concepción o fecundación y no desde la implantación en el endometrio ni

⁴⁸ Cfr. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas Concebido y Personas Naturales*, Tomo I, Grijley, Lima, 2012, 6ta ed., p. 38.

⁴⁹ Cfr. A. PACHECO ESCOBEDO, *La persona en el derecho civil mexicano*, Panorama, México, 1985, p.30 citado por J. SÁNCHEZ BARROSO, *Consideraciones actuales sobre el inicio y fin de la personalidad jurídica: aborto y estado vegetativo*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta Época, Año I, Número 2, Julio-Diciembre de 2012, p. 337, nota 45.

desde cualquier otra etapa del desarrollo intrauterino.”⁵⁰ Del mismo modo lo explica Badeni: “La existencia de la vida humana a partir de la unión de los gametos femenino y masculino que origina el embrión, importa desechar toda concepción que sólo admite la manifestación de la vida a partir del nacimiento.”⁵¹

Como establece Badeni, la libertad de vivir y su expresión jurídica en el derecho a la vida, es un atributo inseparable de la persona humana, es decir el derecho a la vida es inherente a la persona humana⁵², pues para hablar de derechos inherentes a la persona, hablamos previamente de un ser humano que posee dignidad, como señala Pérez Luño citado por Bidart Campos, “La dignidad humana supone el valor básico (grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral”⁵³ Asimismo, Bidart señala que, todos los derechos, necesarios para que el hombre se desarrolle, desprenden de la dignidad humana. Por tanto, cada vez que se afirme que el hombre tiene derechos por el hecho de ser persona, se concluye realmente que los tiene por su dignidad de tal.⁵⁴

En suma, el concebido debe ser protegido por su calidad de persona humana, pues su derecho a la vida, así como demás derechos reconocidos, son inherentes al mismo por tener dignidad humana.

⁵⁰K. MOORE Y T. PERSAUD, *Before We Are Born. Essentials of Embryology and Birth Defects*, Saunders, Philadelphia, 2003; N. LOPEZ MORATALLA, Y M. IRABURU ELIZALDE, *Los quince primeros días de una vida humana*, EUNSA, Pamplona, 2004, y SADLER T. LANGMAN, *Embriología médica*, Médica Panamericana, Buenos Aires, 2004, referencia de J. SÁNCHEZ BARROSO, *Consideraciones actuales sobre el inicio y fin de la personalidad jurídica: aborto y estado vegetativo*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta Época, Año I, Número 2, Julio-Diciembre de 2012, p.337, nota 46.

⁵¹G. BADENI, *Derecho a la vida y aborto. Persona, Vida y Aborto. Aspectos Jurídicos*, Foro UCA Vida y Familia, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Marzo 2007, p.17.

⁵²Ibidem, pp.16-19.

⁵³A. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p.318 citado por G. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, cit..., p. 87, nota 22.

⁵⁴Cfr. G. BIDART CAMPOS, hace referencia a publicación de la UNESCO en 1968, bajo la dirección de JEANNE HERSCH, *Le Droit d’être un Homme*, traducida en 1973 al español, Ediciones Sígueme, Salamanca, en G. BIDART CAMPOS *Teoría general de los derechos humanos*, cit..., pp.74-75.

1.2. Protección Constitucional en relación al Concebido

La Convención Americana sobre Derechos humanos, establece en el inciso 1, del artículo 4° que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”⁵⁵ Lo que establece la Convención es que, toda persona tiene derecho a la vida en todo momento a lo largo de su vida, y desde su concepción. Es decir, se le atribuye aquí al no nacido, el primer derecho fundamental de todo ser humano: la vida. Indicando, además, que nadie puede ni debe ser privado de ella.

Ahora bien, Álvaro Paúl Díaz sugiere que dicho texto de la Convención debe ser interpretado en un sentido evolutivo y pro homine, analizando primeramente, que el derecho al respeto de la vida, se refiere a una obligación de protección que debe brindar el Estado; protección que no puede efectuarse de cualquier modo, pues debe ser conforme a la ley, así como el legislador, no puede elegir cualquier momento del desarrollo para empezar a otorgar la mencionada protección, sino que debe hacerla desde el momento de la concepción. Y por último, explica que al declarar que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, se reconoce allí su calidad de persona.⁵⁶ Del mismo modo expresa Espinoza, que la tutela de la vida humana no debe ser condicionada desde ninguna fase específica del desarrollo humano, por no ser argumentos sólidos, sino que por el contrario, deberíamos hablar de un principio in dubio pro conceptus, pues ello resulta ser una vía para favorecer al ser humano en formación, en la defensa de sus derechos.⁵⁷

⁵⁵ Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Celebrada en San José, Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978.

⁵⁶ Cfr. A. PAUL DÍAZ, Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación, *Revista Ius Et Praxis*, Chile, Volumen 18, N° 1, 2012, pp. 61-112.

⁵⁷ Cfr. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas Concebido y Personas Naturales*, ...cit., pp.32-33. El autor explica el “in dubio pro conceptus” en el caso de que exista duda respecto a la existencia de vida para favorecer al concebido, al igual que se le brinda una duda favorable al reo o se brinda una interpretación favorable a determinada persona o circunstancia. “No son argumentos sólidos aquellos que afirman que no existe la vida antes de la fusión nuclear o antes del día 14, por cuanto existen dudas respecto al inicio de la vida o a su determinación. Debería ser exactamente al contrario: si representa un principio admitido en los ordenamientos jurídicos, aquel del *favor debilis*, que se traduce en aforismos tales como aquel del *in dubio pro reo* o el de la *interpretatio contro proferentem* ¿Por qué no hablar del *in dubio pro conceptus*, teniendo en cuenta que vamos por una vía que nos conduce a favorecer al ser humano en formación, sujeto, por tanto, débil, incapaz de obrar por sí mismo en la defensa de sus derechos?

En esta línea, el concebido queda respaldado a su vez por la Constitución Política del Perú, en su artículo primero: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”⁵⁸ Y en inciso 1 del artículo segundo: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”⁵⁹ Una vez más, la norma indica que el Estado debe proteger a la persona humana desde su concepción, velando por su vida e integridad, respetando su dignidad humana, no eligiendo tal protección desde un momento determinado del desarrollo humano, sino específicamente desde su concepción.

En la misma línea el Tribunal Constitucional Peruano expresó que la concepción inicia con la fecundación, y la fecundación se da cuando se produce la fusión de la célula materna y la célula paterna, lo que constituye el inicio de la vida de un nuevo ser, el mismo que resulta ser único e irreplicable, capaz de desarrollarse hasta ser un ser humano independiente.⁶⁰

Queda claro que, la protección al concebido es inmediata a su existencia, y no hay una especificación para la protección del mismo dependiendo la fase de desarrollo en la que se encuentre, es decir, la protección no se condiciona con el nacimiento del niño, o desde los catorce días, cinco meses, etc. La protección y respeto por la vida se da desde que existe un nuevo ser, y en caso de duda o discusión sobre el inicio de la vida (la cual a mi parecer no la hay), se debe aplicar siempre lo más favorable a la persona –en base a los principios antes mencionados-, pues se trata de un ser indefenso, y lo mínimo que el derecho les debe otorgar es resguardo. Asimismo, Castillo Alva, citando al Tribunal Constitucional Español, nos señala que, “Si la Constitución protege la vida [...] no puede desprotegerla en aquella etapa

⁵⁸Constitución Política del Perú de 1993.

⁵⁹Idem.

⁶⁰“[L]a concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. [...]” STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J. 38.

de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es un momento de desarrollo de la vida misma”⁶¹

De hecho, Torres López explica que “El respeto a la dignidad del ser humano desde la concepción, es una condición *sine qua non* para el Estado Constitucional de Derecho, garantía de libertad, paz, seguridad jurídica y el progreso de los pueblos.”⁶²

Asimismo, como nos señala Espinoza, el derecho tiene la función de intervenir para darle una protección al concebido, sin hacer distinciones que tengan como resultado generar confusiones, que nos lleven a manipulaciones ilícitas.⁶³ Esto es, que el concebido indudablemente tiene el respaldo del Estado, por cuanto es una persona humana, y el fin del Estado es protegerla y salvaguardar sus derechos de manera indiscutible.

1.3. Protección al Concebido en base a otros Instrumentos Internacionales

Siguiendo con la dignidad humana como fundamento de los derechos atribuibles a la persona humana, por ende, atribuibles al concebido; Gonzáles Pérez sostiene que:

“[E]n la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁴, en razón de la dignidad humana y valor de la persona humana es que se proclaman los derechos contenidos en el documento; del mismo modo lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵, pues los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, justicia, y paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, y de sus derechos iguales e inalienables se reconoce que derivan de la dignidad inherente a la persona humana; por lo que imponen a los

⁶¹ J. CASTILLO ALVA, *El delito de aborto*, ARA Editores, Lima, 2005, pp. 21-22

⁶² E. TORRES LÓPEZ, “El concebido en el artículo 1 del Código Civil Peruano”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Portugal, Año 2, N° 4, 2016, p. 532.

⁶³ Cfr. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas Concebido y Personas Naturales*, ...cit., p. 33.

⁶⁴ Artículo 1. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Y Artículo 3. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

⁶⁵ Artículo 6.1. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos. Sucediendo lo mismo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y por último la Carta social europea, pues todos ellos fundan los derechos en la dignidad de la persona humana, y a consecuencia de ello establecen una protección especial para el hombre.”⁶⁶

Del mismo modo, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo sexto que: “Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida [...] [y] garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.⁶⁷ Incluso, la Convención reconoce que el niño antes de nacer, posee los derechos y protección de una persona, por sus necesidades especiales.

De todo lo señalado anteriormente, se desprende que, el respeto a por la vida, y a los demás derechos que derivan de la misma, son inherentes a la persona humana por el simple hecho de serlo, en base a la dignidad que posee; por tanto, los instrumentos internacionales mencionados, deben proteger a la persona en todo momento, sobre todo si es que la persona necesita una protección especial, como es el caso del concebido. Puesto que como vimos anteriormente, el concebido es persona humana desde el primer instante en el que los gametos femenino y masculino se fusionan, pues allí inicia la vida de un nuevo ser. Entonces, tanto los instrumentos jurídicos nacionales como internacionales deben velar por la protección a la vida y el bienestar del concebido, en cualquier etapa de su desarrollo. Por cuanto se trata de una persona en estado de indefensión que además es vulnerable.

No podemos dejar de hacer referencia a lo que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte IDH, respecto al caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*⁶⁸. La sentencia estableció una protección al concebido en forma gradual a su desarrollo,

⁶⁶Cfr. J. GONZALES PÉREZ, *La Dignidad de la Persona*, Editorial Aranzandi, España, 2011, 2da Edición, pp.37-45.

⁶⁷Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 02 de setiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de setiembre de 1990.

⁶⁸La referida sentencia, señala que “la concepción [...] tiene lugar desde que el embrión se implanta en el útero” y por tanto no se le podría aplicar al concebido el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos

es decir, desde la implantación en el útero materno. A lo que caben mencionar algunas consideraciones expuestas por el Doctor Santa María al respecto⁶⁹. Ahora bien, Santa María en relación a lo “sustancialmente identificable en el concebido”, establece que:

“Afirmar que la individuación se alcanza con la anidación es un error desde el punto de vista biológico, y *supone además confundir identidad con continuidad*. Podemos suponer que el embarazo empieza cuando la implantación del embrión se consolida, unos ocho días después de la fertilización del óvulo, pero afirmamos que la vida humana no empieza con el embarazo sino con la fecundación. El embarazo es una etapa de la vida humana, no determina su inicio.”⁷⁰ (El resaltado es del autor).

En suma, es un error de interpretación el que realiza la Corte IDH⁷¹. Es una vulneración al ámbito interno de cada derecho nacional de los Estados Partes por el modo de interpretación que pretende imponer⁷². Y es una vulneración a los principios fundamentales del derecho, como es el principio pro homine -el mismo que busca otorgar lo más favorable a la persona humana-⁷³; dado que no favorece ni protege la vida, pese a la evidencia científica de que el concebido es un ser humano en formación⁷⁴ desde el primer momento de la fecundación.

Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012.

⁶⁹R. SANTA MARÍA D'ANGELO, *La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos : una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina, octubre, 2013, pp.3-6. Disponible en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/interpretacion-termino-concebido.pdf>> Consultada el 26 de noviembre de 2017.

⁷⁰Ibidem, p. 7.

⁷¹Santa María en la misma línea expresa que “convertir lo accidental en esencial muestra un grave error interpretativo de esta sentencia” R. SANTA MARÍA D'ANGELO, *La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, ...cit., p.8. Disponible en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/interpretacion-termino-concebido.pdf>> Consultada el 26 de noviembre de 2017.

⁷²R. SANTA MARÍA D'ANGELO, *La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, ...cit., pp. 13-15. Disponible en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/interpretacion-termino-concebido.pdf>> Consultada el 26 de noviembre de 2017.

⁷³Ídem.

⁷⁴La Corte IDH, reconoce que existen dos teorías sobre el inicio de una vida humana, como son la fecundación y la implantación, “Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo

2. Entre lo Civil y lo Penal, en relación a los Derechos del Concebido

2.1. El Concebido en el Código Penal

Como hemos visto, el concebido es sujeto de derechos por su naturaleza de persona humana, y dichos derechos no están sujetos a ninguna condición, ahora bien; el Código Penal Peruano establece una protección al concebido excluyendo todo acto que pueda ser perjudicial para su vida e integridad.

En cuanto a la doctrina penal, Castillo Alva define al aborto como la “[...] destrucción de la vida humana, producto de la concepción, dentro del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada [...]”⁷⁵ Entonces, darle muerte al concebido ya sea que haya expulsión del vientre de la madre o ya sea que se le dé muerte dentro del mismo, configura como delito contra la vida, en cualquiera de las modalidades que indica el Código Penal, anteriormente expuestas. Cabe señalar, que nuestro Código Penal también contempla las lesiones al concebido, como hecho punible, para las personas que de manera dolosa causen daño en el cuerpo y la salud del concebido.⁷⁶

Es importante señalar que si el Código Penal establece sanciones más graves para los casos de homicidio en comparación con los de aborto, ello no quiere decir que la vida intrauterina sea considerada menos importante, o vale menos que la vida extrauterina, sino que, como expresó Castillo Alva, existe “[...] un incremento de valoración de la vida en la medida en la que avanza su desarrollo [...]”⁷⁷ Sin embargo queda establecido que si el aborto es un delito, es porque la vida intrauterina –al igual que la extrauterina-, es un bien jurídico digno de ser tutelado y resguardado por el Estado; pues ya quedó establecida la dignidad del concebido y la protección jurídica que le corresponde.

fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión...” Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012.

⁷⁵ J. CASTILLO ALVA, *El delito de aborto*, ...cit., pp.19.20

⁷⁶ Artículo 124° Código Penal Peruano de 1991. Véase también en N. CASTRO OLAECHEA, Daños al Concebido ¿Es suficiente el comportamiento a título doloso?, *Revista ITAEST* de la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2012.

⁷⁷ *Ibíd*em, p. 20.

2.1.1. El aborto como homicidio y el bien jurídico tutelado

En este sentido, nuestra legislación sanciona al aborto en el Capítulo II (Aborto), del Título I (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud), del Libro Segundo (Parte Especial - Delitos) del Código Penal con el fin de proteger el derecho a la vida del concebido.

De este modo, y citando los artículos en específico, se tipifican como delitos de aborto las siguientes conductas:

“Artículo 114. Autoaborto. - La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

Artículo 115. Aborto consentido. - El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Artículo 116. Aborto sin consentimiento. - El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Artículo 117. Agravación de la pena por la calidad del sujeto. - El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

Artículo 118. Aborto preterintencional. - El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

Artículo 120. Aborto sentimental y eugenésico. - El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en

formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.”⁷⁸

El único caso de aborto en el que no existe punibilidad es, en el aborto terapéutico,⁷⁹ de acuerdo con el artículo 119 del Código Penal: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”⁸⁰

Esta protección al concebido en la ley penal peruana se ve mayor amparada con la tipificación de las lesiones al concebido: "Artículo 124-A.- El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres"⁸¹

Como hemos visto, nuestro sistema jurídico no sostiene la impunidad del aborto, solo existe una atenuación o reducción de la pena, como es el caso del aborto sentimental, es decir cuando el embarazo se da a consecuencia de una violación sexual o inseminación artificial no consentida, pues aquí el legislador valora que pese a que la madre ha sido agredida, aún así, el bien tutelado vida debe ser protegido. Por tanto, no puede haber una justificación para quitarle la vida a un ser indefenso, que además no tiene culpa de nada en esta situación, y al igual que los otros tipos penales de aborto, se atenta contra la vida y debe ser penado.

Queda claro que la conducta típica del delito de aborto es causar la muerte del concebido, reconociendo una vez más al concebido como ser humano y sujeto de derechos.

⁷⁸ Código Penal Peruano de 1991.

⁷⁹ El aborto terapéutico ha sido regulado mediante la Guía Técnica Nacional para la Estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor a 22 semanas con consentimiento informado, en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal Peruano. Ministerio de Salud, Resolución Ministerial N° 486-2014, promulgada el 27 de junio de 2014.

⁸⁰ Código Penal Peruano de 1991.

⁸¹ Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 27716, publicada el 08-05-2002.

2.2. El Concebido en el Código Civil

El concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece y desde el primer momento de su concepción, según establece el primer artículo del Código Civil⁸². Sin embargo, es importante señalar en primer lugar, qué implica ese primer momento de la concepción, para tal fin, el término “Concepción” según explica Edgardo Torres, “Es la fusión de los núcleos de los gametos masculino y femenino; es la unión del espermatozoide con el óvulo; desde ese instante surge un ser humano genéticamente individualizado, conforme también sustentan diversos científicos.”⁸³ Reafirmando una vez más lo que dice el Tribunal Constitucional, “[L]a concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. [...] La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. [...]”⁸⁴

Juan Espinoza, explica que, si entendiéramos que el inicio de la vida se da con la concepción, y a su vez, comprendemos la concepción, como un patrimonio genético humano, capaz de desarrollar el programa de formación del hombre, biológicamente hablando, esto es el inicio de la vida humana y de este modo no podremos considerar posible ningún tipo de intervención.⁸⁵ Del mismo modo establece Fernández Sessarego, “El sujeto de Derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte[...]”.⁸⁶

Entonces, queda claro que, el concebido es persona humana desde el primer momento de su concepción, es decir desde la unión del óvulo con el espermatozoide, y no existe otra explicación para ello. Como bien señala Legaz y Lacambra citado por Bidart Campos: "Hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás:

⁸²“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.”

⁸³ E. TORRES LÓPEZ, El concebido en el artículo 1 del Código Civil Peruano,...cit., pp. 527-532.

⁸⁴ STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J. 38.

⁸⁵ Cfr. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas Concebido y Personas Naturales*, cit..., pp. 27-29.

⁸⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, Editorial Cultural Cuzco, Lima-Perú, 5ta ed., 1992, p. 28.

el derecho a ser reconocido siempre como persona humana... ".⁸⁷ Explica B. Campos, que del hecho de ser un hombre reconocido como persona es que fluye su dignidad, y de la dignidad humana se desprenden todos los derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle su personalidad integralmente. El "derecho a ser hombre", es el derecho que engloba a todos los demás en el derecho a ser reconocido y a vivir con la dignidad propia de la persona humana.⁸⁸

Ahora bien, siguiendo con el artículo 1º del Código Civil, y citando a Fernández Sessarego,

“... [E]l reconocer que el concebido, o ser humano antes de nacer, es un sujeto de derecho. Es decir, se le considera un ente al cual es posible atribuir situaciones jurídicas subjetivas, derechos y deberes. Ello, durante el decurso de su gestación, es decir, desde la concepción hasta su nacimiento o hasta el momento de su muerte, ya sea que ésta ocurra durante el proceso de gestación o en el instante mismo del hecho biológico del nacimiento. Está demás referir que los derechos del nascituro son tanto de carácter personal como patrimonial. En cuanto a los primeros no existe ningún problema que aclarar. Se adquieren con la concepción y se extinguen con su muerte.”⁸⁹

Del mismo modo, señala Juan Espinoza, que, “[E]l art. 1 del Código Civil peruano solo se refiere a los derechos patrimoniales. Sin embargo, al establecer que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, este es titular, por antonomasia, de los derechos extra patrimoniales, tales como el derecho a la vida, a la integridad, entre otros [...]”.⁹⁰

Lo que quiere decir, que si se reconoce que el concebido es persona humana y sujeto de derechos (personales y patrimoniales), pues se le atribuyen tanto derechos como deberes, es merecedor de la tutela y protección que le corresponde a cualquier persona desde su nacimiento hasta su muerte. Y en este caso, todo lo que al concebido “le favorece”, según

⁸⁷ DABIN, *La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre*, Revista de Estudios Políticos. XXXV, 1951. p. 44. citado por, G. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2006, 1º reimposición, p. 87, nota 26.

⁸⁸ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, ...cit., pp. 87-88, nota 27.

⁸⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX, *Abrecht-group*, 27 de octubre de 2016, p.13.

⁹⁰ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas Concebido y Personas Naturales*, cit..., p. 47.

establece el Código Civil, es su derecho a vivir, derecho a ser reconocido y derecho a que se le respete al igual que la madre que lo está gestando.

Por último, el Código de los Niños y Adolescentes en el primer artículo del Título Preliminar: “Considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años”⁹¹ y además sostiene, en el mismo artículo, que: “El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.”⁹² Lo cual, se reafirma con lo que establece en artículo primero del Capítulo I, “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico y mental”.⁹³ Lo cual no solo pone de manifiesto que el concebido es sujeto de derechos, sino que se le favorece y protege de manera especial como a cualquier niño desde su nacimiento hasta los doce años, velando así el Estado, por su bienestar e integridad.

En la misma línea, el artículo segundo del Capítulo I, establece una protección especial y atención especializada del Estado hacia la madre gestante y hacia el niño desde su concepción.⁹⁴

Cabe mencionar en este punto, que hay una segunda propuesta legislativa⁹⁵, que se relaciona al presente trabajo de investigación, por cuanto pretende incorporar al mencionado artículo, en su segundo párrafo, lo siguiente:

“El concebido niña o niño producto de embarazo por violación sexual no aceptado por la madre biológica tendrán el derecho de recibir la protección del Estado quien se

⁹¹ Nuevo Código de los Niños y Adolescentes del año 2000.

⁹² Ídem

⁹³ Libro Primero, Derechos y Libertades. Nuevo Código de los Niños y Adolescentes del año 2000.

⁹⁴ Artículo 2º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes reza lo siguiente “Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal. El Estado otorgará atención especializada a la adolescente madre y promoverá la lactancia materna y el establecimiento de centros de cuidado diurno. La sociedad coadyuvará a hacer efectivas tales garantías.”

⁹⁵ Proyecto de Ley N° 290/2016-CR. Proyecto de Ley que modifica el Código de los Niños y Adolescentes para la Protección del Concebido, Niña o Niño producto de embarazo por violación sexual.

encargará de procurarle a través de los programas del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la atención y cuidados necesarios hasta que pueda ser dado en adopción. El Estado proporcionará atención especializada a la madre para su recuperación física y psicológica.”

Toda vez que el Estado se ve en la necesidad de cubrir la realidad nacional a través de mecanismos especiales para la protección de la madre y del concebido. En la medida de “Proporcionar a la víctima madre un apoyo concreto a través de la generación de programas de protección, entre estos de protección del concebido, niño o niña a través de programas de cuidado y asistencia hasta poder ser dados en adopción.”⁹⁶

⁹⁶ Ídem.

CAPITULO III

EL PROYECTO DE LEY CUNAS SALVADORAS COMO UNA DE LAS RESPUESTAS EFECTIVAS Y ARMONIZANTES AL DERECHO DE LA MUJER Y DEL MENOR

1. Análisis de Armonización de Derechos: Vida del Concebido y Libertad de la Mujer

1.1. Los Derechos Fundamentales como Realidades Conciliadoras

Cuando hablamos de derechos fundamentales, entendemos que ambos se encuentran en la misma línea, y si bien podemos ver en casos específicos, que tales derechos fundamentales entran en un supuesto conflicto, lo correcto no es decidir salvar un derecho y perjudicar otro. Ya que, no es cierto que un derecho valga más o menos que otro ni que un derecho fundamental pueda ser sacrificado, para salvar al otro.⁹⁷ Como señala Bacigalupo, citado por Toller, “[L]a problemática de estos conflictos es uno de los aspectos más delicados de la actual dogmática de los derechos fundamentales.”⁹⁸

Para tales conflictos, señala Toller, el derecho inventó metodologías, como son la jerarquización de derechos y el balancing test, los cuales conducen a arbitrariedades sacrificando un derecho para salvar el otro⁹⁹. Lo cual no debería ser de este modo, puesto que, “[E]n las constituciones se dice otra cosa, se dice que los derechos son importantes, fundamentales, que los bienes que la Ley Fundamental cobija están ahí justamente para ser protegidos con la supremacía constitucional. [...] No puede sacrificarse aquello que los padres de la Constitución han declarado inmune de las voluntades [...]”¹⁰⁰ En este sentido,

⁹⁷F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y proceso legislativos sobre derechos fundamentales”, en J.C. RIVERA et alii (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, Tomo I, pp.107-108.

⁹⁸ Cfr. E. BACIGALUPO, Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 20, 1987, p. 83, citado por F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y proceso legislativos sobre derechos fundamentales”, en J.C. RIVERA et alii (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, Tomo I, p. 107.

⁹⁹ Cfr. F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y proceso legislativos sobre derechos fundamentales” ..., cit., p. 108.

¹⁰⁰ Ídem.

si hablamos de derechos fundamentales, entendemos que ambos deben ser protegidos de la misma forma, por encontrarse en la misma jerarquía. Lo que debe hacerse, siguiendo a Castillo Córdova, es concebir a los derechos fundamentales no como realidades conflictivas, sino, por el contrario, concebirlas como realidades esencialmente conciliadoras que deben ser tratadas e interpretadas de tal forma, que permitan una vigencia armoniosa y conjunta de todos los derechos.¹⁰¹

Si bien los derechos deben ser entendidos en una realidad conciliadora, ello no quita que los derechos fundamentales necesiten ser regulados o medidos, y establecerse condiciones para su ejercicio (todo dentro de un marco de interpretación constitucional correcto), pues limitarlos, sacrificarlos o restringirlos resultaría una práctica inconstitucional.¹⁰² Que es lo que ocurre con la ponderación de derechos¹⁰³: En un juicio de ponderación, según explica Luis Prieto, a razón del intérprete, es un juicio de valor que se resuelve por criterios de especialidad, jerarquización, o cronológico. Se trata de que hay dos principios constitucionales en conflicto, del mismo valor jerárquico, y se conjuga la situación o el caso en concreto, es decir, se establece un orden de preferencia respecto del caso que se esté analizando "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro". En suma, se termina salvando uno en perjuicio del otro.¹⁰⁴ En esta misma línea, para Juan José Moreso, criticando

¹⁰¹Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, 2005.

¹⁰²Cfr. F. TOLLER, "Metodologías para tomar decisiones en litigios y proceso legislativos sobre derechos fundamentales" ..., cit., pp. 108-109.

¹⁰³De hecho, existen casos en los que se utilizó la ponderación, jerarquización o balancing test, cuando era posible una armonización de derechos, las cuales, resultan ser menos perjudiciales y con "mejores consecuencias para la solución concreta del litigio, y siempre para la teoría jurídica de los derechos fundamentales." Por ejemplo el caso Cox Broadcasting v. Cohn, en el que se disputaba ante la corte el derecho a la libertad de prensa y el derecho a la privacidad e intimidad. Otro caso es el de Florida Star v. B.J.F, también referido a la colisión de derechos: libertad de prensa e intimidad; en el que los jueces aplicaron el balancing test a los intereses en juego. P. SERNA Y F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 127-137. Y Caso Cox Broadcasting v. Cohn, 11 de noviembre de 1974.

¹⁰⁴ "[E]l resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. [...] Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos

la concepción guastiniana de la ponderación, establece que la interpretación no puede ser señalada como “el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, ya que presupone un juicio de valor absolutamente irrestricto”, además señala que tales juicios de valor realizados por el intérprete, están constreñidos y no cualquier solución es accesible al intérprete.¹⁰⁵

En este sentido, en un marco de razonabilidad (principio de razonabilidad), que actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico, -pues limita el poder del Estado como criterio de control de las normas, de modo que su contenido sea conforme al derecho y que los derechos fundamentales no se ven afectados o alterados en su contenido esencial-,¹⁰⁶ es que se logra una armonización de derechos. Como establece Mariano Sapag, “El desafío consiste en determinar lo que es y lo que no es derecho, y para esto la legislación debe delimitar el contenido de los derechos a efectos de buscar la armonización. Armonización y razonabilidad son conceptos que van unidos.”¹⁰⁷ Sin embargo, en la ponderación de derechos, siempre habrá un derecho que se vea afectado en su contenido esencial.

Para Sapag, “decir que un derecho limita a otro, o que una norma restringe o limita un derecho es un contrasentido, ya que, frente a un derecho no corresponde restringirlo, sino

constitucionales, que se producen en el seno de un mismo documento normativo.[...] La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido el caso concreto; un auxilio para resolver entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: En palabras del Tribunal Constitucional, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.” L.PRIETO SANCHIS, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, Palestra, Lima, 2002, 1º Edición, pp. 45-90 y pp. 135-147.

¹⁰⁵J. MORESO, *Conflictos en Principios Constitucionales*, en BONORIO, P.R., *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Crítica Contemporánea*. ARA Editores, Lima, 2010, 1era Edición, pp. 72-80 Véase también en, Doctrina del Balancing de Klatt, “En otras palabras, sí, y en la medida en que la ‘el deber prima facie’ materializado en un principio también corresponde a un ‘deber definitivo’ en un caso determinado, depende precisamente de la medida en que su cumplimiento en el caso individual se opone a posiciones legales contradictorias.” (traducción propia). M. KLATT, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012

¹⁰⁶ Cfr. M. SAPAG. “El Principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio Comparado.” *Dikaion*, Año 22, Núm. 17, Chía, Colombia, diciembre 2008, p. 182. El autor señala en otro punto que, “Es necesario superar la idea de que el principio de razonabilidad o proporcionalidad es un análisis de ponderación entre principio. Es más bien, un control constitucional [...], convendrá examinar si el medio afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales de acuerdo con la finalidad de los mismos, y el bien humano protegido. Esto a efectos de dar máxima eficacia a la Constitución y lograr la armonización de los derechos.”

¹⁰⁷ M. SAPAG. “El Principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio Comparado.” *Dikaion*, Año 22, Núm. 17, Chía, Colombia, diciembre 2008, p. 195.

otorgarle la máxima protección”¹⁰⁸ o como dice Toller, “si hay derecho, es lo justo. Si se justifica una regulación, es lo justo. No puede ser justa una cosa y su contraria.”¹⁰⁹

Ahora que queda claro que en un supuesto conflicto de derechos fundamentales ambos deben ser protegidos y no restringidos o afectados; debemos establecer una limitación para propender una convivencia armoniosa de ambos derechos. Entendiendo como “límite” no a restricción perjudicial o afectación de un derecho, sino a una medida que delimita un derecho con otro derecho para la correlación o interrelación de los mismos.¹¹⁰ Cada derecho fundamental tiene en su constitución cláusulas implícitas de respeto que suponen una moldeabilidad que hace que sea delimitado o delimitable, más no limitado ni limitable.¹¹¹ Para Toller, la metodología para la armonización de derechos que están en conflicto, es interpretar cada derecho en su contenido esencial, y “[...] mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, esto es, hacia su naturaleza, su finalidad, y su ejercicio funcional. **Por tanto, interpretar desde el contenido esencial es buscar modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de esos derechos, evitando que ninguno se vea realmente frustrado.**”¹¹² (el resaltado es nuestro). Lo cual, como expresamos en el primer Capítulo de la presente tesis, no se limita la libertad de la mujer en el sentido que se le restringe el derecho, sino que, se reconoce que el derecho a la libertad de la mujer tiene un límite intrínseco que es el de evitar dañar otro derecho.

¹⁰⁸ Ídem

¹⁰⁹ F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, ...cit., p.13

¹¹⁰ La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 32 establece para la Correlación de derechos y deberes lo siguiente: “2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Celebrada en San José, Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978. Véase también en la explicación que da Fernando Toller respecto a si realmente existen los conflictos de derechos, “Los derechos coexisten, nacen ajustados. Esto no los limita, sino que son parte de su modus essendi.” (el subrayado es propio) en, F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, ...cit., p.2.

¹¹¹ F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, ...cit., p.13

¹¹² F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y proceso legislativos sobre derechos fundamentales”, ...cit., p.139.

En este sentido Toller expresa que,

“Debe pasarse, [...] a entender al Derecho, y, en este caso concreto, al derecho constitucional, como la ciencia y el arte de la búsqueda de soluciones armoniosas, o si se quiere, de la racionalidad o inteligibilidad jurídica que está en las cosas, ya que la realidad del Derecho tiene un *telos* que es factible conocer y secundar, de modo que sea posible, como decían los clásicos, “dar a cada uno lo suyo”.¹¹³

Es muy interesante lo que el profesor Toller expresa respecto a los conflictos de derechos, pues señala que “los conflictos son aparentes entre los derechos, y real entre los intereses subjetivos y las pretensiones procesales.”¹¹⁴ Por lo que no serían verdaderamente conflictos, sino más bien, “puntos de contacto”¹¹⁵ en los que se debe proponer una alternativa, la cual sería otorgarle lo que le corresponde a cada uno. “La idea misma de conflicto entre derechos viola las reglas de la Lógica y los primeros principios metafísicos [...] Si existe el principio de no contradicción, no se trata de ver jerarquías o “pesos”, sino “lo suyo de cada uno”, o qué parte de derecho tiene cada uno: el *ius del caso*.”¹¹⁶ De este modo, y evaluando el contenido esencial de cada derecho, se impide que algún derecho sea aniquilado o afectado en su legítimo contenido, sino más bien, ambos resultan salvaguardados.¹¹⁷

1.2. Armonización del Derecho de la Mujer y del Concebido

Debemos mencionar que, si bien no existe un derecho a la libertad de la mujer para disponer de la vida de su hijo, o un derecho a la libertad de la mujer que incluya abortar. Sí consideramos que exista un derecho a la libertad de la mujer a renunciar a su hijo por optar algo mejor para él. En un sentido de no querer quedarse con su hijo, o no querer criarlo, - porque el mismo fue producto de una violación-, y solo en este supuesto, y considerando el

¹¹³ F. TOLLER, *Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos*, en J. CIANCIARDO (Coord.), *La Interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Abaco de Rodolfo depalma, Buenos Aires, 2006, p. 181.

¹¹⁴ F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, ...cit., p.2.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ibidem, pp. 5-9

¹¹⁷ Ibidem, p. 11.

caso específico, resultaría perjudicial para el niño, quedarse con la madre si es que la madre no está sana mentalmente ni en la capacidad de hacerlo. Esto no incluye el derecho a querer abandonarlo, pues tampoco sería un supuesto conforme a ley, pero es un supuesto que, debe ser tomado en cuenta, como veremos más adelante.

Para Gregorio Badeni, respecto al derecho a la vida y derecho a la libertad de la mujer, en casos de embarazo por violación sexual, y la despenalización del aborto, señala lo siguiente:

“Si bien la libertad de vivir es susceptible de reglamentación legal, ella no puede llegar al extremo de desnaturalizarla o desconocerla sin causa justificada constitucionalmente. Es en este marco donde se plantea el problema consistente en resolver si, conforme a la Ley Fundamental, y bajo determinadas circunstancias, es procedente la legalización del aborto como acto por el cual se priva del derecho a la vida a una persona, a un niño que, desde el momento de su concepción, tiene existencia biológica y jurídica. El problema está compuesto por el enfrentamiento o colisión entre dos libertades constitucionales: el derecho a la vida del niño por nacer y los derechos subjetivos que vulneraría la concepción y el nacimiento. En materia constitucional, cuando se opera semejante colisión, la interpretación debe propender a armonizar ambas libertades mediante una recíproca relativización que permita la subsistencia de todas ellas, anulando sus manifestaciones en aquellos espacios donde se produce el conflicto.” [...]”¹¹⁸(El subrayado es propio)

Aquellas manifestaciones o espacios que deben ser anulados, pues producen el conflicto son aquellos que lesionan el contenido esencial de un derecho, pues traspasan el límite intrínseco que permite una convivencia armoniosa. Tales manifestaciones serían, por ejemplo, que la mujer embarazada señale que quiere abortar porque el hijo que lleva dentro le impide desarrollar su proyecto de vida¹¹⁹. Es decir, si la condición del ejercicio de un derecho es no

¹¹⁸G. BADENI, DERECHO a la vida y aborto. *Persona, Vida y Aborto. Aspectos Jurídicos*, cit..., pp. 18-19.

¹¹⁹ “La conceptualización del proyecto de vida se postula como una de las perspectivas de análisis integrativo de la construcción de la experiencia y la práctica personal y social que nos permite hablar del sujeto en términos de desarrollo humano. [...] los proyectos de vida integran las direcciones y formas de acción fundamentales de la persona en un determinado contexto. [...]” “De esta forma esperamos acceder al relato de las mujeres acerca de lo que habían imaginado como proyecto de vida y cuál es el sentido de vida que subyace al mismo, y cómo ese proyecto de vida se ha ido concretando o no a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta que la violencia

trasgredir o interferir en el ejercicio del otro, pues los derechos no son “potestades individuales ciegas sino derechos con un fin en sociedad”¹²⁰ y se “ejercen de acuerdo a los fines del ser humano como persona,”¹²¹ claramente no estaría permitido trasgredir los derechos del concebido, primeramente porque el querer eliminarlo, lo reduce a problema o traba y lo desconoce como persona humana, y en segundo lugar porque le impide ejercer sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la salud, etc. Señalando una vez más lo que dijo G. Badeni: “No es razonable privar de su vida a un niño por nacer debido a que su madre fue víctima de un delito ejecutado por un tercero, porque no solamente resulta imposible reparar totalmente el daño que ella ha sufrido mediante la muerte del ser que alberga en su seno, sino también porque ese ser no es responsable ni autor de la lesión ocasionada a la libertad sexual de la madre.”¹²²

Para evitar el conflicto, no basta solo con anular las manifestaciones de las libertades que producen un conflicto¹²³, sino, en encontrar un punto medio en el que se pueda defender la libertad de la mujer de no querer quedarse con el niño, y a su vez, permitirle al niño nacer. Solo de ese modo, las libertades se verán expresadas en una delimitación que no trasgreda ningún derecho recíprocamente.

Entonces, cuando se trate de dos derechos o principios constitucionales irreparablemente en conflicto, deben evaluarse las probabilidades, criterios, doctrina del equilibrio, principio de razonabilidad, entre otros supuestos para poder resolverlos, todo ello sin olvidar el fundamento de cada uno de los derechos en este caso concreto. En este aspecto, no cabría un conflicto de derechos, puesto que, si analizamos el fundamento de salvar a uno u otro, podremos ver claramente la necesidad de salvaguardar ambos: resguardar el derecho a la vida de un ser humano indefenso e inocente, y por otro, la necesidad también de amparar el

sexual sufrida por ellas es un hecho significativo.” “[C]uando Talía habla acerca de la no maternidad, la explica como consecuencia de un problema de la mujer que no es madre y no como posible consecuencia de un deseo o decisión libre.” P. ESCRIBENS, *Proyecto de vida de mujeres víctimas de Violencia Sexual en Conflicto Armado Interno*, DEMUS, Biblioteca Nacional del Perú, 1º ed., 2012, pp. 37-47

¹²⁰ F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, ...cit., pp.10-11

¹²¹ Ídem.

¹²² G. BADENI, *Derecho a la vida y aborto. Persona, Vida y Aborto. Aspectos Jurídicos*, cit..., p.19.

¹²³ Cfr. Ibídem pp.18-19.

derecho a la libertad de la mujer (que podría ser adolescente) de no querer o poder criar un hijo, teniendo en cuenta que, -como vimos anteriormente- la libertad no implica tener capacidad para ejercer una libertad ilimitada que vulnere otros derechos.

Por tanto, recogiendo lo que dijo Badeni, debemos verificar si es realmente razonable poner como conflicto de derechos la libertad de abortar y la libertad de vivir¹²⁴, o más bien, concordar la libertad de la mujer de no querer ser madre con la libertad de vivir que tiene el concebido, pues no se le tendría que dar preferencia a alguno de ellos, y sacrificar el otro, sino que ambos podrían conciliar.

Por ello es que, en casos de embarazo por violación sexual, la libertad de la mujer, entendida como “derecho a abortar”, no solo será inválida e irracional, sino que la libertad como tal quedará reducida o limitada para abortar, puesto que no puede hablarse de una disposición de la vida de su hijo de manera arbitraria de modo tal que incluso resulta no razonable que se quite la vida de un ser inocente por el hecho de repudiar un acto en el que no tuvo participación alguna. En suma, no podría hablarse de una preponderancia del derecho a la libertad de la mujer en este o en ningún caso frente al derecho a la vida del concebido, o la preponderancia del derecho a la vida del no nacido sobre la libertad de la madre de querer criarlo. Sino que debemos apuntar a respaldar y unir ambos derechos y encontrar el equilibrio de los intereses¹²⁵.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵F. TOLLER, *La Resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test*, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa, México, 2005, p. 1220.

2. Presupuestos Básicos del Proyecto de Ley Cunas Salvadoras

2.1. Alcances y Finalidad del Proyecto de Ley como respuesta del Estado ante la problemática actual

En este punto revisaremos lo que establece el texto original de la Propuesta legislativa, la cual está anexada al final del presente trabajo de investigación. El Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, Proyecto de Ley que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito¹²⁶, resulta ser una respuesta del Estado, ante la realidad nacional expuesta en los capítulos anteriores, para la protección de la mujer,¹²⁷ del concebido¹²⁸, y niño recién nacido.¹²⁹ Por cuanto el objeto de la ley es, “[...] regular el nacimiento confidencial y proteger la vida de los niños recién nacidos en situación de riesgo y vulnerabilidad.”¹³⁰ Ello no resulta una idea innovadora, pues en Europa se encuentra legislado, en países como Alemania, Austria, Polonia, República Checa, Rumania, entre otros, pero resulta novedoso para América Latina.¹³¹

Respecto a la entidad responsable, corresponde señalar que,

“Corresponderá al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la responsabilidad de la implementación coordinación, ejecución y control de la presente Ley, correspondiendo regular los asuntos relativos al Nacimiento Confidencial al Programa

¹²⁶ Artículo 2° del Capítulo I del Proyecto de ley: “Para efectos de la presente Ley se entenderá por expósito al niño o niña recién nacido hasta su primer año de edad que es abandonado por cualquier razón, por cualquiera de sus padres o ambos.”

¹²⁷ “La necesidad del proyecto en primer lugar, es proteger a las mujeres que se encuentran gestando y que por cualquier razón no desean tener a su hijo por el resto de su vida. Se las protege haciendo que la gestación pueda ser confidencial. Nadie tiene porque saber que está gestando. Nadie debe saber que ha dado a luz. [...]” A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú. Además, el objeto de la ley es “proteger al ser humano ayudando a la mujer y empoderándola para que pueda responder cuando tenga un ser humano en sus manos o cuando lo tiene en su vientre, respetando su derecho a la vida” Y. LESCANO, entrevista 28 de agosto de 2017, Radio Nacional del Perú.

¹²⁸ “Se protege al niño por nacer, permitiéndole nacer. Se protege al niño, cuidando a la madre durante la gestación. [...] Ella ya no tiene que recurrir al aborto.” A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

¹²⁹ “Se protege al niño, evitando que sea abandonado en lugares peligrosos. Para esto se promueve la instalación de cunas salvadoras.” A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

¹³⁰ Artículo 1°, del Capítulo I, Disposiciones Generales del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR.

¹³¹ A. GONZÁLES CÁCERES, *Cunas Salvadoras: Una mirada al Proyecto de ley 211/2016-CR desde el Prisma Constitucional*. Cunas Salvadoras, Perú, 25 de agosto de 2017.

Integral Nacional para el Bienestar Familiar y los asuntos relativos a las Cunas Salvadoras a la Dirección General de Investigación Tutelar.”¹³²

El Proyecto de Ley es identificado como “Proyecto de Cunas Salvadoras” porque, se propone implementar en la parte externa de los establecimientos o centros de salud, unos buzones, cubículos o incubadoras acondicionadas¹³³ denominadas “Cunas Salvadoras”¹³⁴ para que las madres o cualquier persona¹³⁵, pueda dejar a los recién nacidos de manera anónima y sobre todo segura para el menor. Una vez que el establecimiento de salud haya identificado a un recién nacido en su local, deberá dar aviso a la Dirección General de Investigación Tutelar (DIT)¹³⁶ del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), para que proceda según lo que legalmente corresponde en estos casos.¹³⁷

¹³² Artículo 3º, del Capítulo I, Disposiciones Generales del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR.

¹³³ “Las Cunas Salvadoras deberán contener en la parte externa un aviso que explique cómo tomar contacto con la autoridad competente y un sello de tinta para tomar la huella del recién nacido. Asimismo, deberá contar con un timbre o alarma que avise al personal responsable del establecimiento para la atención inmediata del menor.” Artículo 4º del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR

¹³⁴ Artículo 4º, del Capítulo II, De la Protección del expósito recién nacido. “Se permite la entrega del expósito en cubículos, debidamente acondicionados en establecimientos sanitarios, de tal manera que se proteja su corta vida, frente a los peligros del abandono a la intemperie.” A. GONZÁLES CÁCERES, *Cunas Salvadoras: Una mirada al Proyecto de ley 211/2016-CR desde el Prisma Constitucional*. Cunas Salvadoras, Perú, 25 de agosto de 2017.

¹³⁵ Aquí el Proyecto de Ley, menciona a “cualquier persona” pues permite a que, si una persona que no es la madre, encuentra a un niño recién nacido abandonado en la calle o abandonado y en estado de vulnerabilidad, pueda llevarlo a las Cunas Salvadoras para su atención y asistencia. Proyecto de Ley N° 211/2016-CR

¹³⁶ La Dirección de Investigación Tutelar DIT, de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 560 - Ley del Poder Ejecutivo, la Ley N° 27793- Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, MIMDES, el Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley 27337 y modificado por Ley N° 28330 y el Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES. “La DIT depende de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes y está encargada de llevar a cabo el procedimiento de Investigación Tutelar que es el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente que están destinados a verificar el presunto estado de abandono en que se encuentra un niño y/o adolescente conforme a las causales previstas en el Artículo 248º del Código de los Niños y Adolescentes, aplicando la medida de protección adecuada, procurando la reinserción familiar, en caso de no ser habidos los padres biológicos, pero identificados familiares, se podrá aplicar la medida de protección provisional de colocación familiar siempre y cuando esté acreditado el entroncamiento familiar y como última opción se aplicará la medida de protección de atención integral en un Hogar.” MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, LIMA- PERÚ.

¹³⁷ La DIT, dentro de sus funciones está la de brindar atención inmediata a las niñas, niños y adolescentes en presunto estado de abandono puestos a su disposición y realiza evaluaciones previas (24 horas) respecto al estado de abandono, y determina si amerita o no una investigación tutelar, luego concluye el procedimiento de investigación mediante una Resolución, que a su vez pone en conocimiento del Ministerio Público(salvo que aprueben el Proyecto de Ley, en ese caso la madre del recién nacido no recibe pena alguna), para finalmente derivar el expediente a un Juez competente que declare formalmente el Estado de Abandono. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, LIMA- PERÚ.

Cabe mencionar que, la madre que decida abandonar a su hijo recién nacido¹³⁸ en las Cunas Salvadoras, o madre gestante que por cualquier motivo¹³⁹ quiera acogerse al nacimiento confidencial y entregar a su niño¹⁴⁰. De manera excepcional, no serán imputadas penalmente¹⁴¹ y quedarán exentas de toda responsabilidad penal¹⁴².

El Proyecto de Ley otorga una protección a la madre gestante, no solo porque le permite entregar al niño, o acogerse al nacimiento confidencial, y así evitar el aborto clandestino o el abandono del recién nacido. Sino que, según lo señalado por el presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico Dr. Alberto González, se protege la salud física y mental de la mujer durante su gestación, pues el Estado le brinda consejería psicológica, y le brinda atención médica sin cuestionar su decisión de no tener al niño.¹⁴³ Y de esta manera, se protege al concebido, pues se protege a su madre durante la gestación, y se le permite nacer

¹³⁸ Artículo 6° del mencionado Proyecto de Ley: “El abandono del recién nacido en cunas salvadoras: 1. No desvincula jurídicamente al menor con su familia biológica, sino hasta su adopción. 2. No constituye automáticamente estado de abandono, debiendo ser atendida la criatura conforme las atribuciones legales del INABIF.”

¹³⁹ Cabe mencionar, que el Proyecto de Ley, es una iniciativa que pretende dar solución a la realidad nacional, además de ser una medida extraordinaria y excepcional. La cual, abarca una gran cantidad de posibilidades en las que se encuentran las mujeres en general para no querer quedarse con sus hijos, por ejemplo pobreza extrema, casos de violación, embarazo adolescente, etc.

¹⁴⁰ Artículo 7° del mencionado Proyecto de Ley: “Las mujeres embarazadas gestantes que por cualquier razón no deseen alumbrar a sus hijos pueden acogerse a que el nacimiento sea confidencial, bajo el amparo de lo que esta ley establece [...]” y también Artículo 8° y siguientes: “Las mujeres embarazadas que opten por el nacimiento confidencial podrán realizarlo mediante el presente procedimiento, debiendo comunicar su decisión al **Centro de Asesoramiento y Apoyo al Nacimiento Confidencial** [...]”

¹⁴¹ En virtud al Artículo 5° del Proyecto de ley en cuestión, “[N]o es imputable penalmente la madre o quien deje a un recién nacido en las Cunas Salvadoras no siendo sujetos de las sanciones previstas en los artículos 125° y 128° del Código Penal”

¹⁴² Para el caso de abandono, el Código Penal Peruano establece en su artículo 125°: “El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.” Mientras que el artículo 128° establece: “El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea sometiéndola a trabajos excesivos, inadecuados, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, sea obligándola o induciéndola a mendigar en lugares públicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de doce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente obligue o induzca a mendigar a dos o más personas colocadas bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años.” Sin embargo, como establece el Proyecto de Ley, ninguno de los mencionados artículos sería aplicado.

¹⁴³ A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

de manera digna, para posteriormente declararlo en abandono y así pueda ser dado en adopción.¹⁴⁴

En este sentido, los alcances legales del nacimiento confidencial, según señala el Dr. Alberto González, son:

“Desvincula de cualquier relación de sociedad paterna filial entre el nacido y sus progenitores. El padre podrá ejercer los derechos inherentes a la patria potestad en cualquier momento solicitando al juzgado la restitución de sus derechos conforme lo prescrito por el artículo 160° de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes. Este derecho no prescribe, sino hasta la adopción.

No vulnera el derecho a la identidad de los niños, así como no implica alteración, sustitución o privación ilegal de su identidad.

Constituye automáticamente estado de abandono del menor sin necesidad que exista declaración judicial al respecto.”¹⁴⁵

En estos casos, el niño o niña nacido bajo dicho procedimiento, puede “solicitar el acceso a la información de su Constancia de Origen¹⁴⁶ cuando adquiera los 16 años, más no podrá reivindicar o reclamar derecho alguno a sus progenitores.”¹⁴⁷ Y la madre, quien se acoja a tal procedimiento, podrá desistirse del mismo, hasta antes de la adopción¹⁴⁸ de su hijo, sin que ello genere una sanción para ella.¹⁴⁹

¹⁴⁴Ídem.

¹⁴⁵ Artículo 15° del Proyecto de Ley, Consecuencias Jurídicas del nacimiento confidencial, explicado por A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

¹⁴⁶ La Constancia de Origen, se anexa al Certificado de Nacimiento, y se genera a partir del registro confidencial de la solicitante y del padre; dicha Constancia no puede ser revelada salvo disposición judicial. Es remitida al personal de Salud, INABIF, y Registro Civil, según el nombre puesto por la solicitante para que cada uno proceda conforme corresponde. Artículo 11° y 12° del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR.

¹⁴⁷ Cfr. Artículo 16° del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR.

¹⁴⁸ “Si la madre decide entregar su hijo al Estado, pero luego de muchos años decide buscarlo no podrá hacerlo. La adopción no tiene marcha atrás.” A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

¹⁴⁹ Artículo 14° del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR.

En suma, el Proyecto de ley protege en primer lugar al recién nacido, mediante las “Cunas Salvadoras” pues les asegura un cobijo físico y legal; en segundo lugar, protege a la madre gestante, en el sentido que le permite acogerse al “nacimiento confidencial” brindándole apoyo psicológico, físico y legal; y, en tercer lugar, protege al concebido puesto que le brinda ayuda a su madre lo cual le permite nacer, y con ello asegura su derecho a la vida y bienestar, para posteriormente ponerlo en adopción.

2.2. Origen de “Cunas Salvadoras” y una Experiencia Comparada respecto a Países donde están reguladas

Las Cunas Salvadoras o también llamadas “Babyklappe”, “Babyklappen”, “Baby box” o “Baby flaps”, que quiere decir “Buzón para bebé” o “Canasta de bebé” o “puerta para bebés” surge por que a finales del siglo XII, con la construcción del Hospital del Vaticano Santo Spirito¹⁵⁰, en Roma, el Papa Inocencio III, le brindaba cobijo a los niños abandonados y recién nacidos¹⁵¹. Los niños y bebés abandonados eran llamados “niños expósito”¹⁵² eran dejados en las puertas de las iglesias, y acogidos por los orfanatos, o “casas de expósitos”, por lo que se crean unos “Tornos”¹⁵³, que eran unos cilindros de madera en donde se dejaban a los infantes de manera anónima y segura. Posteriormente esta práctica se fue regulando¹⁵⁴,

¹⁵⁰ M. MIRALLES SANGRO et alii, La gran Sala del hospital del Santo Espíritu de Roma, Index Enfermería, *SciELO*, Volumen 13, N° 47, Granada, 2004,

¹⁵¹ P. ESTALA, El viajero universal ó Noticia del mundo antiguo y nuevo, Volumen 37, Imprenta de Villalpando, Madrid, 1801, p. 247.

¹⁵² “De entre las mil interpretaciones que se han dado al término Expósito hay una que nos remite al Imperio romano. Allí el paterfamilias, amo absoluto de su casa, podía ejercer el derecho ius exponendi de la potestas patria consistente en sacar de su hogar al hijo no deseado, dejándolo fuera para que muriese o hasta que alguien finalmente lo acogiera. De ahí el origen probable de un término (Ex pósito, puesto fuera) que como describiera Tertuliano "es ciertamente más cruel que matar... abandonando a los críos a la intemperie y al hambre de los perros" M. CORTÉS BLANCO, *“Del estigma al mito: los niños expósitos”*, Ediciones Irreverentes, Madrid, 2015.

¹⁵³ “El torno para depositar bebés, parece común en toda América hispana. En Buenos Aires funcionó hasta 1891. Consistía un nicho con puerta de madera y una campana donde en su interior había una especie de noria dividida en dos mitades, para permitir poner al niño en una y al hacerlo girar, permitiendo el anonimato del depositante. Casi todos los niños allí depositados llevaban después el apellido Expósito (o Espósito), lo mismo las instituciones que les daban albergue.” A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/>> Consulta 10 de noviembre de 2017.

¹⁵⁴ “El monarca Carlos IV, "legitimidad para los efectos civiles de todos los expósitos del Reino" concediéndoles la misma dignidad que a los reconocidos por sus padres.” “En el año 1958 el reglamento del Registro Civil, en su artículo 191, obliga a las madres solteras a colocar un nombre para el padre de la criatura con el objetivo de "salvar su decoro". Finalmente, en julio de 2005, el Consejo de Ministros aprueba la nueva regulación sobre filiación cerrando desde el punto de vista legislativo esta larga historia de desavenencias e

pese a significar un abandono de los bebés. Dichos tornos fueron utilizados en Europa en la edad media, y también usado en America hispana, por ejemplo en Buenos Aires funcionó hasta 1891.¹⁵⁵

Tal es así, que en el año 2000 resurge esta modalidad en países como Hamburgo, Hungría, Italia, República Checa, Austria, Suiza y Alemania.¹⁵⁶ En los mencionados países, a través de una modificación legal y despenalización del abandono, se les permite a las mujeres dar a luz sin dar mayor informe sobre su identidad, o dejar a sus hijos en los buzones para bebés especialmente acondicionados. Las características de tales buzones para bebés es que, son incubadoras acondicionadas, con un ambiente caliente y seguro para el bebé, con una cámara de video que enfoca solo la cuna, que además cuenta con una alarma para alertar al personal médico del centro de salud.¹⁵⁷ A. Moroy señala que, “los defensores de la medida, creen que así se evitan muertes indeseadas.”¹⁵⁸ “[E]vitando que madres desesperadas o desorientadas tomen malas decisiones sobre los pequeños.”¹⁵⁹

Sin embargo, es necesario mencionar que, si bien es una medida de protección a los recién nacidos, pues se evita que dejen a los menores en las calles, basureros, etc. y mueran inmediatamente, o que las mujeres que no quieren tener al niño, lo aborten. Han surgido

incomprensión.” M. CORTÉS BLANCO, “*Del estigma al mito: los niños expósitos*”, Ediciones Irreverentes, Madrid, 2015.

¹⁵⁵“El 7 de agosto de 1779 el Virrey Vertíz fundó una Casa de Niños Expósitos, “expuestos” (del latín *expositus*) en la Manzana de las Luces, con pocos fondos, algo que parece que en la historia no cambió mucho para este tipo de entidades y sobreviviendo gracias a alquileres de 9 locales que tenían, una imprenta, funciones a beneficio en el Teatro de La Ranchería, venta de Bulas para poder comer carne en la cuaresma y donaciones. Después que los niños abandonados sufrieran tremendas atrocidades (generalmente eran comidos por los perros), un grupo de vecinos, apoyando la idea del procurador general, Marcos José de Riglos, peticionan ante el virrey el 17 de junio de 1779, la apertura de una casa-cuna, para evitar esas muertes.” A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/>> Consulta 10 de noviembre de 2017.

¹⁵⁶ Se construyeron alrededor de 80 “Babyklappen” entre el año 2000 y 2009 en Alemania y “están supervizadas por organizaciones de beneficencia, iglesias, y hospitales con el propósito de salvar vidas.” A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/>> Consulta 10 de noviembre de 2017.

¹⁵⁷ En Austria existen 15 hospitales con los “babyneest”, en el que cuando abres la ventana para dejar al bebé, suena una alarma en la unidad de cuidados intensivos de pediatría, y el personal médico acude en minutos. Asimismo, “en la mayoría de las clínicas se ofrece asesoría y atención médica para un parto anónimo.”

¹⁵⁸ A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/>> Consulta 10 de noviembre de 2017.

¹⁵⁹ Ídem.

controversias y críticas a dicha medida, en el año 2009, el Consejo Alemán de Ética pidió al Gobierno la clausura de los babykleppen, por considerar que los padres se libren de su responsabilidad más fácilmente al abandonarlos, cuando podrían simplemente optar por una adopción regular.¹⁶⁰ Asimismo, se dice que la “política de baby hatches no alteró la tasa de muerte neonatal en el año 2002.”¹⁶¹ En este sentido, Alemania en el año 2013, expuso como alternativa a los babykleppen, regular el parto para la madre gestante de manera anónima, y permanecer oculta por 16 años, pues transcurrido ese tiempo, los niños podrán saber los datos de su madre, y con ello se mantendría el objetivo principal de tales regulaciones: Salvar vidas (evitando el aborto, y los abandonos)¹⁶² pero agregando un acompañamiento a la mujer en su embarazo.

En Sudáfrica también existe la misma práctica, se llama “seguro bebé” que se encuentra instaurado en un Centro Comunitario, cabe señalar que, ha tenido críticas pues al año se registran 500 bebés abandonados, lo que sería un incremento en los abandonos.¹⁶³ En Corea del Sur, también se realiza esta práctica, a través de Jong-Rak Lee, quien desde 1998, ha colocado un letrero que dice “Lugar para dejar bebés”, y una caja acondicionada con luz y calefacción para dejar al bebé, pues el hombre se conmovió en gran manera, ya que en su país abandonan a cientos de bebés en las calles, y solo al 20% de ellos los rescatan y llevan a centros de protección temporal, por tanto era una opción para salvar vidas.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ K. BROWNE, “Child Abandonment and its Prevention in Europe” (2012), Centre for Forensic and Family Psychology of Nottingham University citado por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX). Disponible en < http://promsex.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=3141%3Apronunciamento-cunas-salvadoras-ponen-en-grave-riesgo-la-vida-e-integridad-de-los-recien-nacidos > Consultada 11 de noviembre de 2017.

¹⁶² Disponible en < <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2013/07/05/739072/Alemania-permite-el-parto-anonimo-como-alternativa-a-los-buzones-de-bebes.html> > Consultada el 10 de noviembre de 2017.

¹⁶³ “Expertos de todo el país han criticado una nueva iniciativa en Ciudad del Cabo, que permite a los padres deshacerse de sus bebés no deseados de forma anónima en un lugar “seguro bebé” montado en una pared de un centro comunitario. Está bien intencionados pero controversial esfuerzo por la caridad de los trabajadores Kim Highfield coincide con las reclamaciones que ha habido un incremento en el abandono del bebé. Steven Otter, portavoz de Western Cape MEC para el desarrollo social Patricia de Lille, estima que unos 500 bebés son abandonados en la provincia cada año. “Todo lo que quiero hacer es salvar la vida de ese bebé”, dijo Highfield, director de la salida de África del Fondo para la Infancia.” A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/> > Consulta 10 de noviembre de 2017.

¹⁶⁴ A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/> > Consulta 10 de noviembre de 2017. Véase también en < <http://www.caminocatolico.org/home/videos/41->

Volviendo con la experiencia alemana sobre los babykleppen, Eva Winkler-Jansenn, quien trabaja en la casa de asistencia Haus Adelheid en Colonia, y viene atendiendo por una década a bebés recién nacidos abandonados, señala que, a la mayor parte de los niños abandonados le faltan cuidados, pues “en el cordón umbilical se nota que han sido traídos al mundo en casa, no en un hospital. Por lo general están envueltos sólo en una toalla.”¹⁶⁵ Todo ello nos da a entender que no solo el recién nacido necesita de cuidados, sino que la madre también necesita una orientación, una ayuda y un acompañamiento en la gestación y en el parto, con el objetivo de tener un alumbramiento digno para la madre y para el niño, que asegure el bienestar de ambos.

Es clara entonces, la necesidad de acompañar a las mujeres en un parto confidencial para evitar que abandonen a sus hijos o los tengan en malas condiciones, y con ello pongan en riesgo su vida y la del niño. Puesto que es el principal objetivo de las babykleppen o baby box es salvar la vida de los bebés, y el objetivo del parto anónimo es brindarle ayuda a la madre quien no tiene a quién acudir. Como indicó Katrin Beyer fundadora de la asociación belga “Las madres por las madres” citada por A. Moroy, “Creo que en esta sociedad, la “Baby box” es más una necesidad de lo que solía ser; las mujeres que abandonan a sus hijos están solas en la mayoría de los casos, pues no le han informado a su familia, amigos o compañeros de trabajo sobre sus embarazos no deseados; por eso es que dejan a sus hijos en la calle, sin ninguna supervisión médica.”¹⁶⁶

videos-pro-vida/14606-lee-jong-rak-el-pastor-cristiano-que-invento-el-baby-box-para-salvar-recien-nacidos-abandonados-dios-daria-la-vida-por-salvar-a-estos-ninos> Consultada 10 de noviembre de 2017.

¹⁶⁵N. WOLLSEILER Y M. BANCHÓN, *Una década de puertas para entregar bebés*, DW Made for minds, 2010. Disponible en < <http://www.dw.com/es/una-década-de-puertas-para-entregar-bebés/a-5445212>> Consulta 11 de noviembre de 2017.

¹⁶⁶A. MOROY, Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/>> Consulta 10 de noviembre de 2017.

3. Análisis del Proyecto de Ley Cunas Salvadoras como una de las Medidas Armónicas al Embarazo por Violación Sexual.

3.1. ¿En qué sentido resulta ser el Proyecto de Ley, una respuesta armónica al embarazo por violación?

Resumiendo puntos anteriores respecto a la armonización de derechos, vale recalcar que, el hecho de armonizar los derechos que están en un supuesto conflicto, es encontrarles un equilibrio, que pueda salvaguardar ambos derechos, pues para que todos los derechos fundamentales convivan en una sociedad sin ser unos afectados por otros, se les debe delimitar o medir, y por tanto establecer condiciones para su ejercicio. La condición para el ejercicio del derecho en este caso, es delimitar el derecho de la mujer¹⁶⁷, pues el derecho del concebido a vivir, es indiscutible ya que no puede defenderse. Entonces, dicha delimitación implica que se considere el derecho a la mujer a no querer ser madre, sin que ello implique matar al concebido.¹⁶⁸

Dicho lo anterior, la armonización del derecho a la vida del concebido, y el derecho de la mujer a no querer ser madre (por la situación vulnerable en la que se encuentre), se materializa en el Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, en lo que se refiere a la regulación del “Nacimiento Confidencial”¹⁶⁹ por cuanto, dicho instrumento legal incluye los intereses de la madre y los derechos del niño para proteger y salvaguardar a ambos.

Hacemos una aclaración, pues el mencionado proyecto de ley, incluye dos supuestos, una regulación para el nacimiento confidencial y una regulación para el amparo del expósito, ésta segunda no corresponde ser abordada en la presente investigación, debido a que estamos hablando de los derechos del concebido y de la mujer gestante. Sin perjuicio de ello, es una

¹⁶⁷ “En consecuencia, interpretar desde el contenido esencial y encontrar así el derecho verdaderamente tal en un caso- se podría decir que es mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, [...] lo que he denominado “esferas de funcionamiento razonable”.” F. TOLLER, *“Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”*, ...cit., p. 146.

¹⁶⁸ “[N]os lleva a la necesidad de abrimos a la Lógica de lo razonable, para determinar el ámbito de funcionamiento legítimo de cada derecho o bien, que hace imposible su colisión y factible su armonía, en una suerte de “concierto de derechos”.” F. TOLLER, *“Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”*, ...cit., pp. 145-147.

¹⁶⁹ Artículo 15° del Proyecto de Ley, Consecuencias Jurídicas del nacimiento confidencial, explicado por A. GONZÁLEZ CÁCERES, entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

regulación que en virtud a la experiencia en otros países podría ser considerada para salvaguardar a los recién nacidos en estado de vulnerabilidad y debe ser cuidadosamente regulada en nuestra legislación.

Volviendo a la regulación del nacimiento confidencial, dicho supuesto, le otorga a la madre gestante y en situación de vulnerabilidad(en estos casos a la víctima de violación sexual); un acompañamiento que le permite dejar a su hijo en manos del Estado, sin cuestionar su decisión de no querer quedárselo. Agregando que, la mujer indudablemente necesita un acompañamiento, que incluya una ayuda psicológica y médica, necesaria para reponerse por la situación que pueda estar atravesando. Además el Estado puede percibir, que los abandonos¹⁷⁰ y abortos clandestinos se deben a ésta situación complicada por la que muchas mujeres atraviesan, y quiere partir del umbral del problema para poder enmendarlo. Así también, el Proyecto de Ley, reconociendo que el concebido es sujeto de derechos, y por tanto tiene derecho a vivir y nacer de manera digna, es que regula el nacimiento confidencial, pues al proteger a la madre gestante, está protegiendo también al concebido. Y el hecho de darle la opción a la mujer de que entregue el niño recién nacido al Estado, y la asista mediante un parto confidencial; permite que el concebido pueda nacer de manera merecedora y ejercer los derechos que le corresponden.

3.2. Análisis de las implicancias del Proyecto de Ley en la realidad peruana.

Los objetivos que persigue el Proyecto de ley, no resultan ser malos. No obstante ello, las implicancias de dicho proyecto, son también importantes, ya que si bien, el Proyecto busca regular el nacimiento confidencial, para proteger a la madre y brindarle un acompañamiento, le quita responsabilidad penal a la madre que quiera (bajo cualquier motivo) abandonar a su

¹⁷⁰ Ello también resultó en la experiencia de otros países como Alemania, quienes primero regulan el amparo al expósito en vista a los abandonos, y luego van a la raíz del problema que es la mujer gestante que no quiere quedarse con el niño, por tanto, en dicha legislación regulan en el año 2013 el nacimiento confidencial, la cual es una regulación posterior al amparo al expósito. Véase también en < <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2013/07/05/739072/Alemania-permite-el-parto-anonimo-como-alternativa-a-los-buzones-de-bebes.html>> Consultada el 10 de noviembre de 2017.

hijo.¹⁷¹ Puede resultar preocupante, pues se dice que podría ser perjudicial en la práctica ya que permitiría que cualquier persona abandone a su hijo y que con ello la tasa de abandonos se incremente en Perú, ya sea que este tenga una malformación o enfermedad física o mental, no tenga los medios para mantenerlo, entre otros.¹⁷² Ante ello, me corresponde aclarar que, el hecho de regular o no regular la práctica de nacimiento confidencial o de amparo al expósito, -pues dicho Proyecto legal podría no ser aprobado- no quita la existencia de los abortos ni de los abandonos, ya que, día a día se reportan casos de abandonos de niños en estados deplorables como basureros, en las calles, hospitales, entre otros, y los motivos muchas veces resultan ser, porque el niño tiene una enfermedad o malformación, o porque claramente la madre no encuentra otra opción para su situación.¹⁷³ Es entonces que debemos cuestionar si es que deberíamos mantener esta situación o hacer algo por cambiarla, pues brindarle a la mujer un acompañamiento en el embarazo y tener unas cunas acondicionadas para evitar que los recién nacidos en situación de vulnerabilidad, mueran; no podría resultar más perjudicial que simplemente dejar a ambos de lado. Y permitir que “sigan botando a los niños en la calle”¹⁷⁴

¹⁷¹ Artículo 7° del mencionado Proyecto de Ley: “Las mujeres embarazadas gestantes que por cualquier razón no deseen alumbrar a sus hijos pueden acogerse a que el nacimiento sea confidencial, bajo el amparo de lo que esta ley establece [...]” y también Artículo 8° y siguientes: “Las mujeres embarazadas que opten por el nacimiento confidencial podrán realizarlo mediante el presente procedimiento, debiendo comunicar su decisión al **Centro de Asesoramiento y Apoyo al Nacimiento Confidencial** [...]” Así también, en virtud al Artículo 5° del Proyecto de ley en cuestión, “[N]o es imputable penalmente la madre o quien deje a un recién nacido en las Cunas Salvadoras no siendo sujetos de las sanciones previstas en los artículos 125° y 128° del Código Penal”

¹⁷² Disponible en http://promsex.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=3141%3Apronunciamento-cunas-salvadoras-ponen-en-grave-riesgo-la-vida-e-integridad-de-los-recien-nacidos Consultada 11 de noviembre de 2017.

¹⁷³ Véase en las noticias en distintas ciudades de Perú, en donde abandonan a los recién nacidos en las calles, y hospitales. En noticias de la ciudad de Lima, disponible en < http://www.atv.pe/actualidad/santa-anita-bebe-de-un-mes-fue-abandonada-en-la-calle-340858?ref=tw_atvmas > Consultada 12 de noviembre de 2017. Incluso bebé abandonado en un tacho de basura, disponible también en <<https://elcomercio.pe/lima/policiales/san-miguel-bebe-7-meses-abandonada-tacho-basura-noticia-473795>> Consultada 12 de noviembre de 2017. Otro caso en el Distrito del Agustino disponible en < <https://peru21.pe/lima/agustino-solidaridad-salud-municipalidad-lima-salvo-vida-bebe-abandonado-tacho-basura-380385> > Consultada el 12 de noviembre de 2017. En la ciudad de Madre de Dios, también se encontraron casos, como el de un bebé encontrado en la carretera interoceánica, disponible en < <https://elcomercio.pe/peru/madre-de-dios/madre-dios-abandonaron-recien-nacido-plena-carretera-interoceanica-noticia-459283> > Consultada el 12 de noviembre de 2017. Otra prueba de ello, es que, en Arequipa, el Albergue San Benito de Cottolengo y el Hogar de niños San Aníbal Di Francia, reciben a muchos niños abandonados, pues tienen como finalidad atender a niños y jóvenes discapacitados, en estado de pobreza y abandono. Disponible en < <http://hogarsananibal.org> > Consultada 12 de noviembre de 2017. En la ciudad de Cusco, hay una ONG llamada Amantani, la cual recibe desde recién nacidos a los niños, habiendo albergado alrededor de 1300 niños, solo el año pasado recibieron a 75 niños. Disponible en < <http://www.amantani.info> > Consulta 12 de noviembre de 2017.

¹⁷⁴ Y. LESCANO, entrevista por Mávila Huertas 23 de agosto de 2017, Canal N, Lima, Perú.

Ahora bien, cabe mencionar que otro punto interesante del Proyecto de Ley, son los derechos del niño al cual se le está salvando la vida, puesto que, no solo se protege su derecho a la vida, sino que también se debe velar por el interés superior del niño, derecho a la identidad, derecho a vivir y crecer en familia. Para lo cual expongo la Opinión Técnica N° 001-2016-FD emitida por la Universidad Católica San Pablo¹⁷⁵, en el sentido que, si bien se reconoce el derecho a la vida del concebido, y la protección que el Estado le debe a la madre gestante y al niño como grupos vulnerables¹⁷⁶, no se estaría considerando el derecho del niño a tener y desarrollarse en familia, pues se le desvincula completamente al regular y quitar responsabilidad penal a los abandonos.¹⁷⁷ Según detallo a continuación:

El informe técnico¹⁷⁸ mencionado, verifica el deber del Estado de proteger, defender y respetar a la persona, y por tanto su derecho a la vida¹⁷⁹, lo cual es plasmado en el Proyecto de Ley al ofrecer “una alternativa menos gravosa que el aborto.”¹⁸⁰ Sin embargo, es también política principal del Estado, velar por el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos de los niños, y esto es velar por el interés superior del niño¹⁸¹: “[I]mplica, sobre todo, que para definir el interés superior del niño será determinante la propia visión del niño, como titular de sus derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus

¹⁷⁵ BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, 2016.

¹⁷⁶ “El artículo 4° de nuestra Constitución, señala que: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono [...],” citado por BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR*, ...cit., pp 3-4.

¹⁷⁷ BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR*, ...cit., pp. 7-12.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp.1-14

¹⁷⁹ “El artículo 1 de nuestra Carta Magna nos señala que: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” “[p]or tanto la persona humana considerada en sí misma es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla. Perspectiva en la que el Estado se configura como el principal ente garante de la protección y promoción del derecho a la vida, como derecho básico insoslayable; [...]” BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, 2016, p.2.

¹⁸⁰ BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR*, ...cit., p.3

¹⁸¹ BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR*, ...cit., pp.6-7.

derechos.”¹⁸² Además, es deber del Estado, tomar en cuenta el derecho del niño a desarrollarse y crecer en familia,¹⁸³ lo cual, tal y como podemos apreciar del Proyecto de Ley, no toma en cuenta estos puntos, en el sentido que, al regular el nacimiento confidencial y amparo al expósito, le brinda a la mujer todos los mecanismos para renunciar a su hijo, cuando debería primeramente persuadirla para que pueda quedarse con él y darle un apoyo para que logre tal finalidad y así, el niño no vea frustrados todos sus derechos, como son derecho a crecer en familia, derecho a que prime su interés superior. Concordamos entonces, con que el Proyecto de Ley es una solución lógica del Estado, “ante la posibilidad de un aborto o un abandono en condiciones deplorables”¹⁸⁴, pero -tal y como establece la mencionada opinión técnica-, debe ser una solución que debe ser usada como “última posibilidad del Estado, pues correspondería antes –como etapa previa- **utilizar todos los recursos a fin de intervenir y acompañar a la madre**. [...], y solo en caso excepcional recurrir al nacimiento confidencial”¹⁸⁵ (el énfasis es de los autores).

Aún así, nos merece la pena señalar que, solo en casos de violación sexual, la renuncia de la madre al hijo, es algo no querido pero tolerado, si es que el objetivo es proteger la vida del concebido, y si es que la madre no está en la capacidad de criar al niño.

Finalmente, otra postura de la Opinión Técnica antes mencionada establece que, si bien se protege el parto anónimo de la madre gestante mediante la figura del nacimiento confidencial, ello podría ser perjudicial para el niño, quien tiene derecho a la identidad, y por tanto a conocer sus orígenes. Ante ello debemos señalar que, la madre solo se mantendrá

¹⁸² J. COUSO, “*El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído*”. Clases ofrecidas en el Master en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia de la Universidad Diego Portales, Chile, 2005, citado por BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR*, ...cit., p. 7.

¹⁸³ “La Convención de los Derechos del niño, en su artículo 9° establece [...], “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. [...]” BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR*, ...cit., p.9.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.10.

¹⁸⁵ *Ídem*.

en anonimato hasta que el niño cumpla 16 años, pues allí podrá solicitar toda la información que requiera, y que además según el texto del Proyecto de ley, éste no vulneraría el derecho a la identidad de los niños nacidos bajo el procedimiento de nacimiento confidencial.¹⁸⁶

4. Propuestas de Solución Armonizante al Embarazo por Violación

En esta línea de encontrar un equilibrio para poder conciliar los intereses de ambas partes para así respaldar y proteger el derecho de la mujer y el derecho del concebido. Mis propuestas de solución armonizantes y de aporte a las mujeres y adolescentes que padecen este tipo de situaciones, -en las que fueron agredidas sexualmente, y asaltadas en su derecho a la libertad sexual, a la integridad, a la salud física y mental; sin pisotear ni derrocar los derechos del concebido-, son básicamente, las siguientes:

1. En primer lugar, como respuesta del Estado corresponsable por el delito de violación, -y a modo de atender a las víctimas de violación sexual-, el Estado, a través de la difusión de una Guía Práctica de Sensibilización y Prevención de Violencia Sexual, pueda educar a la población a fin de evitar y reducir las violaciones en el Perú.¹⁸⁷ En el sentido de que las agresiones sexuales puedan ser detectadas a tiempo, por ejemplo, en el entorno familiar, escolar o laboral, y con ello evitar que la mujer, adolescente o niña sea violada o acosada. Enseñando a niñas y adolescentes a identificar desde pequeñas hasta grandes situaciones de abuso y tomar precauciones

¹⁸⁶El niño nacido bajo la modalidad de nacimiento confidencial, puede solicitar su Constancia de Origen cuando cumpla 16 años, cabe mencionar que dicha Constancia no puede ser revelada salvo disposición judicial, en virtud a los Artículos 11° y 12° del Proyecto de Ley N° 211/2016-CR.

¹⁸⁷El modelo de la Guía Práctica que previene y sensibiliza a la población contra la violencia sexual, fue tomado de la “Guía de actuación contra la violencia sexual” del Instituto Andaluz de la Mujer, de España en un sentido de establecer pautas para la prevención e intervención contra la violencia sexual. En donde se les enseña a mujeres y niñas a adoptar medidas de protección como detectar pequeñas situaciones de abuso como tocamientos indebidos y acoso, y tomar precauciones al respecto; y por último asesoría jurídica para denunciar tales actos. Disponible en < <https://www.uco.es/igualdad/contra-violencia-genero/documentos/guia-contra-la-violencia-de-genero.pdf>> Consulta 10 de noviembre de 2017. El objetivo de ello es promover una ayuda y prevención de este tipo de actos repudiables para evitarlos en la medida de lo posible, y que las mujeres, adolescentes y niñas que han sido violadas encuentren una solución que va más allá de querer despenalizar el aborto; pues encontrarían una verdadera ayuda orientada a superar el trauma que dejó la violación, que incluye ayuda psicológica, atención médica y asesoría jurídica.

al respecto, acompañamiento a las víctimas y ayuda para que tales hechos puedan ser denunciados.

2. En segundo lugar, para las mujeres embarazadas a consecuencia de una violación sexual, crear un Programa Sostenible y de Asistencia a la Mujer Gestante, en el que, el primer paso sea brindarles asistencia y apoyo a las mujeres gestantes, donde incluya un acompañamiento psicológico y obstétrico, para que tengan al niño, ayudándoles a entender que el menor no es un problema ni un trauma mayor y de este modo pueda criarlo. Y como segundo paso, con la ejecución del Programa Sostenible, a través de alianzas con empresas, o programas ya existentes del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (u otros), se desarrolle un emprendimiento para la mujer o capacitación en oficios, en donde ella misma pueda salir adelante e iniciar su propio negocio o conseguir empleo en alguna de estas empresas, y pueda tener un sustento propio para ella y su hijo.¹⁸⁸
3. En tercer lugar, perfeccionar el “Nacimiento Confidencial” regulado mediante Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, en el sentido que, la adopción sea una medida de última ratio, pues primeramente se le debe dar opción a la madre de quedarse con el niño, y brindarle la ayuda debida a la mujer (detallada en el segundo punto de las propuestas de solución) para que pueda lograrse tal fin. Es decir, solo en caso de que la primera opción no sea posible por ningún medio, recién recurrir a la renuncia de la madre a su hijo y entregarlo al Estado, para su posterior adopción. Pues el fin principal del Proyecto de Ley es evitar los abortos y procurar la vida y el bienestar del concebido y de los niños al nacer.

¹⁸⁸Dicha propuesta innovadora surge de ideas conjuntas en una red de contactos (networking) con organizaciones pro-vida (www.abortocero.org, www.gravida.org.ar, www.cambolivia.com, www.vidahumana.org, y www.vidassv.org), e ideas propias a fin de salvaguardar la vida del concebido sin dejar de lado la ayuda y asistencia a la madre gestante. Cabe mencionar, que el networking inicia con mi trabajo voluntario en la Fundación VidaSV, de El Salvador, como columnista y defensora de la vida.

CONCLUSIONES

1. El concebido, desde la fusión de gametos femenino y masculino, es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece y debe ser protegido por el Estado, por su condición de persona humana de manera incondicional e indiscutible; ya que la tutela de la vida humana no debe ser condicionada desde ninguna fase específica del desarrollo humano, sino que por el contrario, deberíamos hablar de un principio de interpretación *pro homine* o *in dubio pro conceptus*, pues ello resulta ser una vía para favorecer al ser humano en formación, en la defensa de sus derechos.
2. Si bien el acto de la violación sexual frente a la mujer es indignante y repudiable, ello no puede conllevar a un repudio al concebido, dado que el mismo fue consecuencia de la violación y no un causante de la misma. Lo que implica que el repudio y el castigo no sean en contra de él, sino del verdadero culpable: el violador. En este sentido, corresponde al Estado, como corresponsable del delito, otorgarle las garantías necesarias a la víctima, establecer mecanismos de prevención de los abusos, y resguardo a las víctimas, así como salvaguardar los derechos del niño.
3. Debemos considerar que la despenalización del aborto no sirve de ayuda a las mujeres en estos casos, ya que, el aborto además de ser una conducta antijurídica, es también una agresión física y psicológica a la mujer; en estas circunstancias se le debe brindar a la mujer la asistencia debida a fin de que supere el trauma.

Así también, debemos señalar que el derecho a la libertad de la mujer como tal, queda delimitado, al momento de encontrarse en conflicto con el derecho a la vida del concebido, en el sentido de que no puede primar el deseo de abortar por sobre el derecho a la vida, ni viceversa, dejando de lado a la mujer. Se debe propender armonizar ambos derechos, anulando las manifestaciones que provoquen un

conflicto. Todo derecho tiene una condición para su ejercicio, y este es, que ningún derecho puede abatir el derecho de otro.

4. El Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, resulta ser una de las respuestas armónicas al embarazo por violación, puesto que, protege a la madre gestante, mediante el “Nacimiento Confidencial” brindándole apoyo psicológico, físico y legal; y, además protege al concebido puesto que le brinda ayuda a su madre lo cual le permite nacer, y con ello asegura su derecho a la vida y bienestar.

El Proyecto de Ley referido, si bien pretende respaldar y encontrar un equilibrio entre el derecho a la vida del concebido, y el derecho a la libertad de la madre de no querer quedarse con él. No resulta perfecto, puesto que, al acogerse la madre gestante al “Nacimiento Confidencial”, y darlo en adopción mediante las condiciones que dicha confidencialidad implica, desliga al niño de todo vínculo familiar, privando al niño de su interés superior, lo cual no resulta óptimo a todos sus derechos.

El mencionado Proyecto de Ley puede perfeccionarse, si es que se establece como última ratio que la madre renuncie a su hijo, y lo entregue al Estado para su adopción; sino por el contrario, brindarle como primera opción a la madre gestante, -mediante la ayuda psicológica, médica y legal que necesita en estos casos-, que pueda quedarse con su hijo, y el Estado otorgarle los mecanismos necesarios para que así el niño pueda crecer en familia, y no se vea perjudicado en sus derechos, y la madre tampoco.

Como soluciones armonizantes al embarazo por violación sexual en Perú, encontramos que debería establecerse una Guía Práctica de Sensibilización y Prevención de Violencia Sexual, para educar a la población a fin de evitar y reducir las violaciones en nuestro país. Y para las madres gestantes, el Estado debería brindarle a la mujer los mecanismos y herramientas necesarias para que se quede con

su hijo; ello mediante la creación de un Programa Sostenible y de Asistencia a la Mujer Gestante, en el que, se les brindaría apoyo psicológico, médico y jurídico a las mujeres gestantes víctimas de violación, para que tengan al niño, y a través de un programa de emprendimiento o capacitación en oficios, la mujer pueda tener un sustento propio para ella y su hijo.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, caso Roe v. Wade, 22 de enero de 1973.

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, caso Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 11 de noviembre de 1974.

STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009.

NORMATIVA PERUANA

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil de 1984.

Nuevo Código de los Niños y Adolescentes de 2000.

Código Penal de 1991.

Proyecto de Ley N° 211/2016-CR, Proyecto de Ley que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito.

Proyecto de Ley N° 290/2016-CR. Proyecto de Ley que modifica el Código de los Niños y Adolescentes para la Protección del Concebido, Niña o Niño producto de embarazo por violación sexual.

Proyecto de ley N° 3839-2014-IC, Proyecto de Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidos. Lima, 19 de setiembre de 2014.

Ministerio de Salud, Resolución Ministerial N° 486-2014, promulgada el 27 de junio de 2014 que aprueba la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal.

NORMATIVA EXTRANJERA

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Celebrada en San José, Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 02 de setiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de setiembre de 1990.

DOCTRINA

BADENI, G., *DERECHO a la vida y aborto. Persona, Vida y Aborto. Aspectos Jurídicos*, Foro UCA Vida y Familia, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, marzo 2007

BARDALES MENDOZA, O., et *alli*, *Estado de las investigaciones sobre Violencia familiar y sexual en Perú 2006-2010*, Biblioteca Nacional del Perú 2012-12471, 1era ed., Lima, 2012.

BELFIORI, D., entrevista 31 de mayo de 2017, “Desalambre”, Derechos Humanos en el Diario.es, Disponible en < http://www.eldiario.es/desalambre/Instalamos-narrativas-aborto-trauma-experiencia_0_649185290.html > Consulta el 03 de noviembre de 2017.

BERNEDO MOSCOSO, A. Y DE LA CUBA CHIRINOS C., *Opinión Técnica N° 001-2016-FD sobre Proyecto de Ley N° 211/2016-CR que regula el nacimiento confidencial y ampara al expósito*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, 2016.

BIDART CAMPOS, G., bajo la dirección de JEANNE HERSCH, *Le Droit d'être un Homme*, traducida en 1973 al español, Ediciones Sígueme, Salamanca, en G. BIDART CAMPOS *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1° reimpresión, 2006.

BLANC ALTEMIR, A. Protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal. España, 2001.

BROWNE, K., "Child Abandonment and its Prevention in Europe" (2012), Centre for Forensic and Family Psychology of Nottingham University citado por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX). Disponible en <http://promsex.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=3141%3Apronunciamento-cunas-salvadoras-ponen-en-grave-riesgo-la-vida-e-integridad-de-los-recien-nacidos> Consultada 11 de noviembre de 2017.

CASTILLO ALVA, J. (coord.), "Finalidad del Código Penal", en *Código Penal Comentado Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 1° ed.

CASTILLO ALVA, J., *El delito de aborto*, ARA Editores, Lima, 2005.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, Palestra, 2° ed., 2005

CASTILLO CÓRDOVA, L. ¿Existen los conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales. *Revista de Derecho UNAM México*, N° 12. Diciembre 2005.

CASTRO OLAECHEA, N., Daños al Concebido ¿Es suficiente el comportamiento a título doloso?, *Revista ITAEST* de la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2012.

CORTÉS BLANCO, M., *“Del estigma al mito: los niños expósitos”*, Ediciones Irreverentes, Madrid, 2015.

CRUZ PONCE, L. El Nasciturus. Boletín Mexicano de Derecho comparado. *Revista de Derecho UNAM*. México. N° 67. 1990.

DIMITRU, A., “Science, Embryonic Autonomy, and the Question of When Life Begins”, The Witherspoon Institute, *Public Discourse*, 24 de enero de 2017.

ESCRIBENS, P., *Proyecto de vida de mujeres víctimas de Violencia Sexual en Conflicto Armado Interno*, DEMUS, Biblioteca Nacional del Perú, 1° ed., 2012.

ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las Personas Concebido y Personas Naturales, Tomo I*, Grijley, Lima, 2012, 6ta ed.

ESTALA P., *El viajero universal ó Noticia del mundo antiguo y nuevo*, Volumen 37, Imprenta de Villalpando, Madrid, 1801.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho de las Personas*, Editorial Cultural Cuzco, Lima-Perú, 5ta ed., 1992.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX, *Abrecht-group*, 27 de octubre de 2016.

GARCÍA FERNÁNDEZ, D. El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos. The human embryo or nasciturus as subject of rights. *Revista USCS-Dereito*. Ano X-N 17. Jul/dez 2009.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *La libertad como derecho*. Revista de la Facultad de derecho de la UNAM, México, 2002.

GÓMEZ LAVÍN, C., J. HERMOSO DE MENDOZA Y R. ZAPATA GARCÍA, en *Categorización diagnóstica del Síndrome postaborto*. Disponible en < http://www.hayalternativas.org/categorizacion_diagnostica.pdf >, Consultada el 03 de noviembre de 2017.

GONZÁLES CÁCERES, A., *Cunas Salvadoras: Una mirada al Proyecto de ley 211/2016-CR desde el Prisma Constitucional*, Asociación Cunas Salvadoras, Perú, 25 de agosto de 2017.

GONZÁLEZ CÁCERES, A., entrevista 30 de setiembre de 2016, Perú defiende la Vida, Perú.

GONZALES PÉREZ, J., *La Dignidad de la Persona*, Editorial Aranzandi, España, 2011, 2da Edición

GURPEGUI, M., Y D. JURADO, Complicaciones psiquiátricas del aborto, Cuadernos de Bioética, *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, 2009, XX (3).

KLATT, M., *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012

LESCANO, Y., entrevista 23 de agosto de 2017, por MÁVILA HUERTAS en Canal N, Lima, Perú.

MARRADES PIUG, A., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*. L'autora, Valencia, 2002.

MASSINI CORREAS, C., *Filosofía del Derecho. El Derecho, Los derechos Humanos y El Derecho Natural*. Tomo I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, 2da Edición.

MENDOZA GUERRA, V. *Naturaleza jurídica del proceso de adopción en el Perú desde una perspectiva de la doctrina de protección integral*.(tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

MIRALLES SANGRO M. et alii, La gran Sala del hospital del Santo Espíritu de Roma, Index Enfermería, *SciElo*, Volumen 13, N° 47, Granada, 2004.

MOORE, K., Y T. PERSAUD, *Before We Are Born. Essentials of Embryology and Birth Defects*, Saunders, Philadelphia, 2003; N. LOPEZ MORATALLA, Y M. IRABURU ELIZALDE, *Los quince primeros días de una vida humana*, EUNSA, Pamplona, 2004

MORESO, J., *Conflictos en Principios Constitucionales*, en BONORIO, P.R., *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Crítica Contemporánea*. ARA Editores, Lima, 2010, 1era Edición.

MOROY A., Niños abandonados, viejas crueldades, nueva piedad. *Revista El País*, Uruguay, 2015. Disponible en < <http://viajes.elpais.com.uy/2011/11/01/ninos-abandonados-viejas-crueldades-nueva-piedad/>> Consulta 10 de noviembre de 2017.

ORÉ SOSA, E., “*El delito de aborto*”, Artículo en Cátedra UNIFÉ de Bioética y Biojurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Perú, 29 de octubre de 2012.

PAUL DÍAZ, A., Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación, *Revista Ius Et Praxis*, Chile, Volumen 18, N° 1, 2012.

PACHECO ESCOBEDO, A., *La persona en el derecho civil mexicano*, Panorama, México, 1985.

PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

PIKE, G., “*Abortion and women’s health*”, Society for the Protection of Unborn Children, London, 2017.

POLO C., entrevista 26 de noviembre de 2012, ACI Prensa, Perú.

PRIETO SANCHIS, L., *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, Palestra, Lima, 2002, 1º Edición.

REARDON, D., “*Aborted Women. Silent No More*”, Elliot Institute, 2002, tomado del documento “Embarazos producidos por violación o incesto: ¿Es el aborto la solución?”, Revista ACI Prensa. Disponible en < <https://www.aciprensa.com/recursos/aborto-y-violacion-lo-que-muestran-los-estudios-27>> Consultada 02 de noviembre de 2017

REBOLLEDO, L., entrevista 21 de octubre de 2015, ACI Prensa TV, Santiago de Chile.

SAVAGNONE, G., *El aborto. El Ocaso de la persona*, Ediciones Palabra, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ BARROSO, J., Consideraciones actuales sobre el inicio y fin de la personalidad jurídica: aborto y estado vegetativo, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta Época, Año I, Número 2, Julio-diciembre de 2012.

SAPAG, M., “El Principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio Comparado.” *Dikaion*, Año 22, Núm. 17, Chía, Colombia, diciembre 2008.

SERNA, P., y TOLLER, F., *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

SEVILLA BUJALANCE, J. Artículo titulado “La Protección del concebido y no nacido en nuestro derecho.” Universidad de Córdoba.

SILVA NORE, L., “¿Cómo se investiga un caso de violación a menores?”, *El Comercio*, Lima, 24 de setiembre de 2015.

SILVA ABBOT, M., “*Bioética, una cuestión vital*”, Universidad San Sebastián, CIP, Santiago de Chile, 2014, p.73.

F. TOLLER, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Curso de Metodología de toma de decisiones en litigios sobre derechos constitucionales y bienes públicos, UCSP, Arequipa, 2012.

F. TOLLER, *La Resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test*, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa, México, 2005, p. 1220.

TOLLER, F., Metodologías para tomar decisiones en litigios y proceso legislativos sobre derechos fundamentales, en J.C. RIVERA et alii (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, Tomo I, p. 107.

TOLLER, F., *La Resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test*, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa, México, 2005

TOLLER, F., *Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos*, en J. CIANCIARDO (Coord.), *La Interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Abaco de Rodolfo depalma, Buenos Aires, 2006.

TORRES LÓPEZ, E., El concebido en el artículo 1 del Código Civil Peruano, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Portugal, Año 2, N° 4, 2016.

TULLY, A., en PIKE, G., “*Abortion and women’s health*”, Society for the Protection of Unborn Children, London, 2017. Disponible en <
<http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=30869>> Consultada el 06 de noviembre de 2017.

WOLLSEILER, N., Y BANCHÓN, M., *Una década de puertas para entregar bebés*, DW Made for minds, 2010. Disponible en <<http://www.dw.com/es/una-década-de-puertas-para-entregar-bebés/a-5445212>> Consulta 11 de noviembre de 2017.

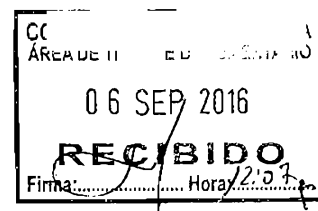
ANEXO I

PROYECTO DE LEY N° 211/2016-CR PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL Y AMPARA AL EXPOSITO



Presidencia de la República

Proyecto de Ley N° 211/2016-CR



**PROYECTO DE LEY QUE REGULA
EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL Y
AMPARA AL EXPÓSITO**

Los Congresistas miembros del Grupo Parlamentario Acción Popular, a iniciativa del **Congresista YONHY LESCANO ANCIETA**, y demás Congresistas firmantes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 107° de la Constitución Política y conforme lo establece el numeral 2) del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente:

**PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL Y
AMPARA AL EXPÓSITO**

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1° Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto regular el nacimiento confidencial y proteger la vida de los niños recién nacidos en situación de riesgo y vulnerabilidad.

Artículo 2° Definición

Para efectos de aplicación de la presente Ley se entenderá por expósito al niño o niña recién nacido hasta su primer año de edad que es abandonado por cualquier razón, por cualquiera de sus padres o por ambos.

Artículo 3° Entidad Responsable

Corresponderá al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la responsabilidad de la implementación, coordinación, ejecución y control de la presente Ley, correspondiendo regular los asuntos relativos al Nacimiento Confidencial al Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar y los asuntos relativos a las Cunas Salvadoras a la Dirección General de Investigación Tutelar.

Capítulo II

De la protección del expósito recién nacido

Artículo 4° De las Cunas Salvadoras

Los establecimientos de salud podrán establecer en la parte externa de sus locales cubículos, buzones, tornos o incubadoras acondicionadas denominadas "Cunas Salvadoras", para que las madres que no deseen conservar a sus recién nacidos, puedan ahí dejarlos de manera anónima y segura. Esta práctica también podrá ser realizada por aquél que encuentre a un recién nacido abandonado.

Las Cunas Salvadoras deberán contener en la parte externa un aviso que explique cómo tomar contacto con la autoridad competente y un sello de tinta para tomar la huella del recién nacido. Asimismo deberá contar con un timbre o alarma que avise al personal responsable del establecimiento para la atención inmediata del menor.



Una vez que sea atendido por el establecimiento de la Salud, el responsable del establecimiento de Salud dará aviso a la Dirección General de Investigación Tutelar del MIMP para que éste proceda conforme a sus atribuciones, debiéndose aplicar al niño o niña, los procedimientos ordinarios que la legislación nacional prevé para este tipo de casos, emitiéndose las medidas de protección correspondientes, incluido el acogimiento familiar.

Artículo 5° Responsabilidad de la madre

De manera excepcional, no es imputable penalmente la madre o quien deje a un recién nacido en las Cunas Salvadoras no siendo sujetos de las sanciones previstas en los artículos 125° y 128° del código penal.

Artículo 6° Consecuencias Jurídicas del abandono del expósito en Cunas Salvadoras

El abandono del recién nacido en cunas salvadoras:

1. No desvincula jurídicamente al menor con su familia biológica, sino hasta su adopción.
2. No constituye automáticamente estado de abandono, debiendo ser atendida la criatura conforme las atribuciones legales del INABIF.

Capítulo III **Del Nacimiento Confidencial**

Artículo 7° Del nacimiento confidencial

Las mujeres embarazadas gestantes que por cualquier razón no deseen alumbrar a sus hijos pueden acogerse a que el nacimiento sea confidencial, bajo el amparo de lo que esta ley establece.

La adolescente menor de edad embarazada deberá tener autorización de sus padres para acceder al nacimiento confidencial.

Tanto la mujer embarazada gestante como el que está por nacer deberán ser considerados como grupo poblacional vulnerable.

La mujer que acuda al nacimiento confidencial no podrá ser imputada por abandono de su hijo, estando por lo tanto exenta de responsabilidad penal en caso recurra a este procedimiento.

Artículo 8° Inicio del procedimiento del nacimiento confidencial

Las mujeres embarazadas que opten por el nacimiento confidencial podrán realizarlo mediante el presente procedimiento, debiendo comunicar su decisión al **Centro de Asesoramiento y Apoyo al Nacimiento Confidencial** que deberá ser implementado dentro de la Unidad de Servicios de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.



Congreso de la República

Artículo 9º Del Centro de Asesoramiento y Apoyo al Nacimiento Confidencial

El Centro de Asesoramiento y Apoyo del Nacimiento Confidencial tendrá como función principal la protección de la mujer embarazada y el niño por nacer que se encuentren en situación de riesgo o vulnerabilidad. Su finalidad será la de apoyar a la mujer durante el embarazo y proteger al concebido y a la madre gestante; debiendo fortalecer la relación madre - niño, y en el caso que por cualquier razón no desee alumbrarlo que ésta pueda optar por su nacimiento confidencial.

El Centro de Asesoramiento y Apoyo del nacimiento confidencial deberá dar a conocer a la mujer gestante el derecho a recibir asesoría anónima y el derecho al nacimiento confidencial. Las informaciones sobre el nacimiento confidencial incluyen también la explicación de cómo una mujer puede hacer valer sus derechos con respecto a su hijo después de un nacimiento confidencial tras haber renunciado a su anonimato y cómo puede interponer medidas tutelares contra la publicación de sus datos de estado civil.

El Estado asegura, mediante una central telefónica de emergencias en toda la república que las gestantes que se encuentran en situaciones de riesgo o vulnerabilidad o que tengan que ocultar su embarazo, puedan ser derivadas en todo momento y de manera inmediata a un centro de asesoramiento.

Artículo 10º De la solicitud del nacimiento confidencial

La mujer que solicite el nacimiento confidencial deberá hacerlo por escrito o personalmente, completando el formulario que se elabore para tales efectos y presentarlo ante el **Centro de Asesoramiento y Apoyo del nacimiento Confidencial** en sobre cerrado con la siguiente información:

1. Nombres y Apellidos.
2. Fecha de nacimiento de la gestante.
3. Copia del Documento Nacional de Identidad vigente.
4. De ser el caso, nombres con los que desee figurar en el procedimiento de nacimiento confidencial.
5. Uno o más nombres masculinos o femeninos según corresponda para el niño o niña.
6. Nombre y apellidos del padre o supuesto padre, de ser el caso.
7. Domicilio, teléfono o correo electrónico donde pueda ser contactada de manera indubitable con la finalidad de que se le comunique el inicio del procedimiento de nacimiento confidencial.

La solicitud presentada por la solicitante en sobre cerrado no podrá ser observada conforme lo previsto por el artículo 125º de la Ley 27444 y deberá ser remitida por el funcionario que la recepcione inmediatamente al funcionario que sea designado para tales efectos por el **Centro de Asesoramiento y Apoyo del nacimiento confidencial**.



Congreso de la República

Artículo 11° Del Registro y Constancia de Origen

El Centro de Asesoramiento y Apoyo al nacimiento confidencial generará a partir de la solicitud un registro de carácter confidencial en el que se registrará lo siguiente:

1. El nombre y apellidos de la solicitante.
2. El nombre y apellidos del padre o supuesto padre, de ser el caso.
3. El seudónimo de la solicitante con la que deberá ser tratada durante todo el procedimiento en caso así se haya consignado y solicitado.
4. El nombre o nombres propuestos por la solicitante para el recién nacido.
5. El lugar donde la solicitante prevé alumbrar a su hijo.

El registro es de carácter confidencial no pudiendo ser revelada su información por cualquiera, ni por cualquier circunstancia, salvo disposición judicial.

Con la inscripción en el registro, el Director del Centro de Asesoramiento emitirá una **Constancia de Origen** que será puesta en conocimiento de la solicitante, de los Centros de Atención Residencial del INABIF y del director del establecimiento de salud donde se alumbre al hijo, para que cada uno de ellos proceda conforme a sus atribuciones.

Artículo 12° Remisión de la Constancia de Origen al Registro Civil

La **Constancia de origen** deberá ser anexada al Certificado de Nacimiento expedido por el profesional competente o persona autorizada por el Ministerio de Salud a que se refiere el artículo 25° del D.S. 015-98-PCM o sus modificatorias.

Ambos documentos serán remitidos por el Director del Establecimiento de Salud a la oficina registral correspondiente debiendo el registrador inscribir al menor conforme lo dispuesto por el artículo 23° del Código Civil, respetando el nombre propuesto por la solicitante.

Artículo 13° Traslado del niño o niña.

El niño o niña nacido bajo el procedimiento de nacimiento confidencial será trasladado al Centro de Atención Residencial (CAR) que sea designado previamente por el INABIF.

Una vez ingresado el niño o niña, se dará inicio al Trámite de Adopción del menor conforme lo estipulado el Código de Niños y Adolescentes, en la Ley 26981 y su Reglamento.

Legalmente el niño o niña nacido bajo este procedimiento se encuentra protegido por todos los programas sociales que el Estado otorga a los niños o niñas en situación de riesgo y vulnerabilidad.

Artículo 14° Del desistimiento.

La mujer que desee desistirse del nacimiento confidencial podrá realizarlo en cualquier momento, siempre y cuando el desistimiento sea realizado hasta antes de la adopción del menor. El desistimiento no generará sanción alguna a la mujer.



Congreso de la República

Artículo 15° Consecuencias Jurídicas del nacimiento confidencial

El nacimiento confidencial:

1. Desvincula de cualquier relación de sociedad paterna filial entre el nacido y sus progenitores. El padre podrá ejercer los derechos inherentes a la patria potestad en cualquier momento solicitando al juzgado la restitución de sus derechos conforme lo prescrito por el artículo 160° de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes. Este derecho no prescribe, sino hasta la adopción.
2. No vulnera el derecho a la identidad de los niños, así como no implica alteración, sustitución o privación ilegal de su identidad.
3. Constituye automáticamente estado de abandono del menor sin necesidad que exista declaración judicial al respecto.

Artículo 16° Conocimiento de la información de la Constancia de Origen

El niño o niña nacido bajo el procedimiento del nacimiento confidencial podrá solicitar el acceso a la información de su constancia de origen cuando adquiera los 16 años, sin embargo no estará facultado para reivindicar o reclamar cualquier derecho de sus progenitores.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera: Modifíquese el artículo 7° de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes en los términos siguientes:

“Artículo 7.- A la inscripción.-

Los niños son inscritos en el Registro del Estado Civil correspondiente por su padre, madre o el responsable de su cuidado, inmediatamente después de su nacimiento. De no hacerlo en el plazo de treinta días, se procederá conforme con lo prescrito en el Título VI de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

En el certificado de nacimiento vivo constará la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponde a la naturaleza del documento. En caso de nacimiento confidencial se deberá anexar al certificado de nacimiento el certificado de origen generado por el **Centro de Asesoramiento y Apoyo del nacimiento confidencial**.

La dependencia a cargo del registro extenderá, bajo responsabilidad y en forma gratuita, la primera constancia de nacimiento dentro de un plazo que no excederá las veinticuatro horas desde el momento de su inscripción.”

Segunda: Modifíquese el artículo 77° de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes en los términos siguientes:

“Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.-

La Patria Potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;



Congreso de la República

- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por el nacimiento confidencial."

Tercera: Modifíquese el artículo 48° de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de identificación y Estado Civil en los siguientes términos:

"Artículo 48.- En caso de orfandad paterna o materna, desconocimiento de sus padres, ausencia de familiares, nacimiento confidencial o abandono, la inscripción de nacimiento la podrán solicitar los ascendientes del menor, sus hermanos mayores de edad, los hermanos mayores de edad del padre o la madre, los directores de centros de protección, los directores de centros educativos, los directores de Centros de Asesoramiento y Apoyo del nacimiento confidencial, el representante del Ministerio Público, el representante de la Defensoría del Niño a que alude el Capítulo III del Libro Segundo del Código de los Niños y Adolescentes o el juez especializado, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo precedente. El procedimiento es gratuito."

Cuarta: Modifíquese el artículo 25° del D.S. 015-98-PCM en los siguientes términos:

"Artículo 25.- Salvo lo dispuesto en la Ley XXX, Ley que regula el nacimiento confidencial, es deber y derecho del padre y la madre inscribir de manera individual o conjunta a sus hijos recién nacidos, dentro de los plazos establecidos en los Artículos 23 y 24 de este Reglamento, para lo cual acompañaran cualquiera de los siguientes documentos:

- a) Certificado de nacimiento expedido por profesional competente o constancia otorgada por persona autorizada por el Ministerio de Salud, de haber atendido o constatado el parto.
- b) Declaración Jurada de la autoridad Política, judicial o religiosa confirmando el nacimiento, dentro del plazo de 30 días de ocurrido el mismo, siempre que en la localidad donde se produjo el nacimiento no exista profesional u otra persona competente que pueda atender o constatar el parto.

Se entiende por profesional competente al médico, obstetra o enfermero con título reconocido por el Estado."

Quinta: Modifíquese el artículo 32° del D.S. 015-98-PCM en los siguientes términos:

"En la inscripción del nacimiento se detallará la siguiente información:

- a) La hora, fecha y lugar del nacimiento.
- b) El sexo.
- c) El nombre del inscrito.
- d) El nombre, edad, nacionalidad y el número de CUI o de la libreta electoral o de cualquier otro documento que permita fehacientemente la identificación del padre y la madre, así como el domicilio de esta última.



Presidencia de la República

- e) Lugar y fecha de la inscripción.
- f) Nombre y firma de los declarantes.
- g) En caso que el nacimiento sea confidencial el nombre del inscrito será conforme conste en la constancia de origen elaborado por el Centro de Asesoramiento y Apoyo al nacimiento confidencial.
- h) Nombre y firma del Registrador."

Sexta: El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables deberá adecuar sus Reglamentos a lo dispuesto en la presente Ley.

Séptima: El Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar – INABIF, deberá implementar el Centro de Asesoramiento y Apoyo al Nacimiento Confidencial debiendo hacer uso de los recursos correspondientes a su pliego presupuestario.

DISPOSICIÓN FINAL

Única.- Fraude a la Ley

Aquella persona que utilice la presente Ley con finalidad distinta a la prevista en lo que ahora se norma, será pasible de ser sancionado conforme lo previsto en el artículo 438° del Código Penal.

Lima, 9 de agosto del 2016

ONHY ESCOBAR ANGLADE
Congresista de la República

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima,12.....de Setiembre.....del 2016.....

Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 2/1 para su
estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS;
MUJER Y FAMILIA.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA



Congreso de la República

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. RESUMEN

El proyecto de Ley propone regular el nacimiento confidencial como un procedimiento legal que permita el nacimiento de un niño en completo anonimato de la madre gestante; así como promueve la creación de instalaciones adecuadas (Cunas Salvadoras) para que aquellas mujeres que no deseen tener o criar a sus hijos, las puedan dejar con toda seguridad para su vida, sin que por esto sean sujetas de sanción legal alguna.

2. JUSTIFICACIÓN

En nuestro país la legislación que se aplica supletoriamente al cuidado y protección de los niños recién nacidos resulta paradójicamente mortal, pues; al sancionar administrativa, civil o penalmente a la madre que contempla el abandono de su hijo, como alternativa al aborto, cualquiera que sea su motivo, o la desaparición del niño, mediante su abandono; termina en los hechos condenando a muerte al menor

En efecto, en nuestro país el abandono de un niño o niña, como evidentemente es el caso del recién nacido, se encuentra prohibido por los artículos 125° al 128° del Código Penal, reprimiendo dicha conducta con un mínimo de un año y un máximo de cuatro años de pena privativa de libertad y un mínimo de dos años en el caso que el autor de la conducta sea alguien que se encuentra obligado legalmente a su cuidado, como es el caso de la madre.

Por otro lado, el Código de Los Niños y Adolescentes dispone el deber de los padres de velar por el desarrollo integral de sus hijos, así como proveer su sostenimiento, entendiéndose por este, el cuidado de la vida, la salud, la alimentación del menor, etc. Asimismo, nuestro Código Civil, a lo largo de todo su ordenamiento, particularmente en las normas sobre Derecho de Familia, obliga como es natural, al cuidado de los hijos por los padres, estableciéndose en consecuencia la sanción por el incumplimiento de los deberes paterno filiales debido a que una madre “abandone” o se desvincule jurídicamente de su hijo.

Lo anterior por lo tanto impide, que la mujer gestante ante la desesperación de un embarazo no previsto, cualquiera que sea el motivo, opte por preferir, como es natural, la vida de su propio hijo, y de modo contrario se vea forzada por la ley, a elegir la eliminación de su propio hijo mediante el aborto o el abandono inseguro; por cuanto no desea que sea “forzada u obligada” a mantener durante toda su vida a una criatura que no desea.

Es menester señalar que lo anterior, alcanza también a aquella persona que habiendo encontrado un recién nacido en abandono, prefiera dejarlo en tal estado de peligro de vida, con tal de no verse involucrado por las circunstancias o por las razones que determinaron su abandono.



Congreso de la República

Frente al absurdo contrasentido, el proyecto de Ley propone autorizar que la madre que viene gestando un niño contra su voluntad o que por cualquier motivo no desee mantenerlo con ella por el resto de su vida, opte por dos alternativas que finalmente posibiliten su vida, sin que por esto la madre tenga que ser sancionada por nuestro ordenamiento jurídico.

Como primera alternativa el proyecto propone regular el nacimiento confidencial y como segunda alternativa se propone que la parturienta opte por dejar a la criatura en cubículos o tornos, a modo de incubadoras, adosadas en la parte externa de un establecimiento de salud, de tal forma que la criatura sea inmediatamente atendida y puesta fuera de todo peligro.

3. ANTECEDENTES

El 08 de abril del 2000 se inicia en Alemania la instalación y atención de buzones que permiten abandonar a los bebés de forma anónima en un lugar seguro. Han transcurrido 16 años desde aquella fecha y los resultados han sido más que favorables.

Años más tarde en la misma Alemania se legisla por primera vez el nacimiento confidencial y el abandono legal del recién nacido sin que se genere por esto sanción a la madre.

Evidentemente no podía ser de otra forma que el presente proyecto se inspire en la Ley alemana sobre conflictos del embarazo¹. Dicha Ley dispone la ayuda a aquellas gestantes y madres que no desean revelar su identidad y que por cualquier motivo deseen ocultar su embarazo. La norma alemana prevé que se le ofrezca a la parturienta, asesoramiento integral para enfrentar la situación de conflicto psicosocial mediante ofertas de ayuda apropiadas para enfrentar la situación y hallar escenarios y opciones que hagan posible que la gestante renuncie al anonimato o que posibiliten la vida con el niño.

Por otro lado se tiene que el objetivo principal del asesoramiento para el nacimiento confidencial es hacer posible un parto asistido por médicos para la gestante y ofrecer asistencia de manera que la pueda decidirse por una vida con el niño. El asesoramiento abarca información sobre la secuencia del procedimiento, las consecuencias legales de un nacimiento confidencial; información sobre los derechos del niño; información sobre cómo puede hacer una mujer para valer sus derechos sobre su hijo después de un nacimiento confidencial.

Sobre las cunas salvadoras tenemos que su existencia no es una experiencia del mundo actual. Se sabe que durante la edad media se instalaron pequeños tornos de madera en las paredes laterales de los conventos o las iglesias con la finalidad de recibir en ellos a aquellas criaturas que no eran

¹ Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt (SchwHiAusbauG k.a.Abk.) G. v. 28.08.2013 BGBl. I S. 3458 (Nr. 53); Geltung ab 01.05.2014



Congreso de la República

deseadas por sus padres, de tal manera que se evitara que éstas sean abandonadas en lugares peligrosos para sus vidas.

En Austria los 'babyklappe' se han instalado al costado o en la parte posterior de hospitales, ventanas que se abren desde fuera y que dan a una cuna climatizada y vigilada por una cámara. Al abrir la ventana suena una alarma en la unidad de cuidados intensivos de pediatría, desde donde el personal médico apenas necesita de unos minutos para recoger al niño. La persona que entrega al bebé, cuyo rostro queda siempre oculto, encuentra una carta en ocho idiomas que explica cómo contactar con el hospital y un sello de tinta para tomar una huella del recién nacido, algo útil si luego decide reclamar al niño (eso sí, posible siempre y cuando no se haya formalizado la adopción). Una vez cerrada la ventana, un pestillo electrónico impide que pueda abrirse de nuevo mientras llegan los facultativos.

Las noticias que nos llegan, nuevamente de Alemania nos refieren lo siguiente: "Babyklappe -«buzón para bebés» podría traducirse- es todo cuanto se lee en la discreta portezuela metálica encajada en la pared rosada a poco más de un metro de altura. El tirador abre un cubículo que, de no ser por la ropita de cuna amarilla con motivos infantiles que guarda, podría confundirse con el interior de un horno casero. Debido a lo delicada de su función, ha sido ubicado en las traseras del hospital St. Joseph, en el barrio berlinés de Tempelhof. Porque el babyklappe es un lugar expresamente acondicionado para que las madres que quieran desprenderse de sus recién nacidos los depositen allí. Unas vallas de madera lo protegen de la mirada de los viandantes garantizando así el anonimato a quien se acerque a él con un bebé en brazos.

«Por favor, cógeme», dice el sobre colocado dentro del babyklappe y dirigido a la progenitora. «Somos conscientes de lo difícil que ha sido la decisión de dejar a su hijo en nuestras manos. Aquí le facilitaremos un buen comienzo de vida...», es el encabezamiento de la carta.

Una vez dejado el bebé y recogida la misiva, la madre tiene un minuto para alejarse de allí sin ser vista. Pasado ese plazo, una alarma avisará de que un bebé ha sido abandonado y el equipo médico del St. Joseph correrá en su auxilio.

Este babyklappe de Berlín fue puesto en marcha hace cinco años imitando la iniciativa, pionera en el mundo, de la vecina Hamburgo. Fue una asociación juvenil, el SterniPark Center, quien ideó el sistema en el año 2000 tras leer con impotencia las noticias de sucesos de los periódicos locales. En 1999, sólo en Hamburgo, se encontraron en la calle cinco bebés abandonados. Tres, hallados demasiado tarde, estaban muertos. Era evidente que había mujeres que ocultaban su embarazo y daban a luz en casa para luego desprenderse de la criatura, ¿por qué no facilitarles un lugar seguro donde dejar al niño y evitar así su muerte por frío o inanición?, se preguntaron los de SterniPark. Su ejemplo ha cundido no sólo en Alemania donde ya existen más de 80 babyklappen auspiciadas sobre todo por organizaciones religiosas y hospitales públicos y privados, y financiadas con fondos particulares y estatales. También ha llegado con el nombre de babybox -



Congreso de la República

caja para bebés- a Bélgica, Suiza, República Checa, Grecia, Croacia, Corea del Sur e incluso a Sudáfrica.

4. DESCRIPCION DEL PROBLEMA EN NUESTRO PAÍS.

No se ha logrado obtener datos, cuadros estadísticos o información confiable en relación a la cantidad de niños que son abandonados por sus madres en nuestro país; sin embargo, las noticias de los principales medios de comunicación local, no son ajenos a los informes periodísticos que semanalmente nos advierten del abandono de niños en los hospitales, parques, puertas de iglesias y otros lugares que pueden provocar la muerte de los recién nacidos. Lo anterior demuestra que nuestro país no es ajeno a la muerte de niños. En nuestro país la legislación relativa a la maternidad no deseada se encuentra orientada, en primer término a su prevención, la misma que es desarrollada principalmente por el Ministerio de Salud, mediante la ejecución de fuertes campañas de difusión de control de la natalidad mediante el uso de métodos anticonceptivos fomentada por organizaciones no gubernamentales que consideran estos mecanismos como formas más efectivas de evitar los embarazos

Se puede decir que el principal problema de nuestra legislación en relación a la maternidad no deseada, es que toda ella está orientada como es lógico, a que las personas asuman la responsabilidad de sus actos y proteger la vida y la salud de las personas. Este enfoque obligacionista, obedece al intento constitucional de lograr una sociedad ideal en la que todos, en igual de condiciones e igualdades ante la ley, alcancemos la felicidad por nuestros propios esfuerzos; sin embargo esta perspectiva social parte de un hecho que no es real: no todos somos iguales, por cuanto no existe igualdad en las capacidades, igualdad de oportunidades y una larga lista de desigualdades propias a cada ser humano.

Sin embargo, nuestra legislación no contempla, como suele suceder en estos casos, que el traer un niño a la vida, sea una situación que no acompañe al desarrollo físico y/o emocional de las personas, de tal modo que su construcción normativa impide o dificulta cualquier posibilidad de optar por alternativas más favorables al niño, como es de entregarlo a otros para que sea criado con responsabilidad o simplemente darle la posibilidad de tener vida; en vez de que sea abortado o abandonado en un parque

5. BENEFICIOS DEL PROYECTO DE LEY

- **El Bien Superior del Niño:** Evidentemente el proyecto de Ley tiene como principal objeto tutelar el Bien Superior Del Niño por cuanto se encuentra encaminado en todo momento a que el niño goce del principal y más importante derecho humano que es la vida, principio consagrado en el artículo 2° de la constitución política del Estado.
- **Atención profesional para la madre:** Beneficio para que las madres den a luz dentro del sistema sanitario.



Congreso de la República

- Evita los conflictos morales graves como medio alternativo a los abortos y la existencia de casos de abandonos que ponen en riesgo la vida y la integridad física o psicológica de los niños y las niñas recién nacidas.
- Disminuir el número de nacimientos clandestinos fuera de las instalaciones médicas.

6. DIFERENCIA ENTRE EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL Y LAS CUNAS SALVADORAS

La principal diferencia entre la propuesta de nacimiento confidencial y las cunas salvadoras reside en que mientras en el nacimiento confidencial se quiebra la relación paterno filial (por la asunción de estado de abandono del menor como consecuencia del trámite de nacimiento confidencial), en las cunas salvadoras subsiste la relación paterno filial, por cuanto existe la posibilidad en estos casos que cualquiera pueda hacer uso de los cubículos o cunas salvadoras.

Finalmente, cabe señalar que la presente iniciativa recoge la propuesta de anteproyecto de la Asociación Cunas Salvadoras, representada por su Presidente, señor Alberto González Cáceres, remitida al Despacho Congresal del Congresista que tramita esta iniciativa legislativa, a la cual me adhiero para su presentación al Parlamento.

II. ANALISIS COSTO-BENEFICIO

La propuesta legislativa no generará costo adicional al tesoro público, por cuanto el presupuesto necesario, será asumido por el pliego del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través de la Unidad Ejecutora que corresponde al Programa Nacional integral para el Bienestar Familiar.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El efecto de la presente iniciativa legislativa sobre la legislación nacional implica la dación de un completo marco normativo que regule el nacimiento confidencial y proteja la vida de los niños recién nacidos en situación de riesgo y vulnerabilidad.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA

La presente iniciativa se encuentra enmarcada en las siguientes políticas de Estado del Acuerdo Nacional: DÉCIMA POLÍTICA DE ESTADO - Reducción de la pobreza, DÉCIMO PRIMERA POLÍTICA DE ESTADO - Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación.